ENUNCIATA ET CONSILIA JURIS

Unterschiedener

Rechts-Gelehrten,

Berühmter Facultæten und Schöppenstühle,

über besondere und im allgemeinen Leben vorfallende merckwürdige und dubiöse Casus,

zusammengetragen,

und

mit einigen Anmerckungen erläutert

von

PUTONEO.

Ein und dreyßigstes Stück.

Leipzig, 1729.
Verlegts Johann Samuel Heinsius.

* * * * * * * * *

CLVII.

Von stillschweigender Widerruffung einer Gerichtlichen Vollmacht, nach Anleitung des Cap. Si quem 8. de procur. in 6.

§. 1.

Wann Pabst Bonifacius VIII. eine Richtschnur, zu Beurtheilung der Widerruffung einer Gerichtlichen Vollmacht, geben will, so redet er, in Cap. 8. de procur. in 6. hievon, also:

Wann du jemanden mit diesen Formalien, so offt du abwesend seyn möchtest, zu einem Anwalde in deiner Sache constituirest, so wird nicht um deswillen, (ob du gleich nachgehends deine Sache selbst beobachtest) dafür gehalten, daß du den Anwald abgesetzet, sondern es übernimmet vielmehr dieser Anwald eben diese Anwaldschafft so offt, als es sich zuträget, daß du abwesend seyn müstest. Ein anders aber ist es, wenn er nur schlechthin von dir wäre constituiret worden, und du deine Sache,

es sey vor, oder nach der Einlassung auf die Klage, dergestalt selbst abwarten woltest, nicht, daß du nur etwan mit deinem Anwalde zugleich vor Gerichte erschienest, sondern deine eigene Sache, als Principal, führetest, alsdenn wird freylich, durch diese Selbst-Führung deiner Sache, der Anwald vor abgesetzt gehalten: du erkläretest dich dann ausdrücklich, wie du, dessen ohngeachtet, ihn, als Anwalden, beyzubehalten, gemeynet seyest; oder es erschiene aus einigen Muthmassungen, daß du dieses nicht in der Absicht, die Vollmacht zu widerruffen, thuest, als zum Exempel, wenn sich was hervorthäte, worinnen du die Wahrheit besser wüstest, oder der Anwald wäre selbst unpäßlich, oder abwesend, oder was sich sonsten zutragen möchte, um welches willen er dich selbst bey deiner Sache gegenwärtig zu haben, vor nützlich erachtete.

§. 2.

Es hat nach der Zeit diese Lehre des Pabsts Bonifacii, Lancellottus wiederholet, in seinen Instit. Jur. Canon. lib. 3. tit. 2. §. 15. & 16. ausser, daß er etwas weniges hinzugethan, und etwas ausgelassen, auch den von dem Pontifice gesetzten doppelten Casum umgekehret vorgetragen. Denn also schreibet er:

So lange aber verbleibet einer ein Anwald, so lange, (das ist, biß) derjenige, so ihn constituiret

stituiret, es widerruffet, es geschehe ausdrücklich, oder auch stillschweigend. Daher, wenn du Titium nur schlechthin zum Procuratorn bestellest, und dieser vor Gerichte, in Vollmacht deiner, zu erscheinen anfänget, nachgehends du, es sey vor, oder nach der Einlassung auf die Klage, dich deiner Sache selbst unterzeuchst, nicht, daß du ihme assistirest, sondern, deine Sache selbst tractirest, so wird durch diese Selbst-Führung deiner Sache, Titius vor abgesetzt, und seine Vollmacht vor widerruffen gehalten, es wäre denn, entweder aus deiner eigenen ausdrücklichen Erklärung, oder aus einigen Muthmassungen abzunehmen, daß du solches nicht in Meynung, die Vollmacht zu widerruffen, thuest. Wann du aber eben diesen Titium mit solcher Bedingung, so offt du abwesend seyn möchtest, zu deinen Procuratorn bestellest, und du führest und beobachtest hernach deine Sache selbst, ohne ihn, so hat es um deßwillen nicht sofort das Ansehen, als ob du deinen Gevollmächtigten abgesetzet. Vielmehr kan Titius, so offt du abwesend bist, sich seiner Anwaldschafft bedienen.

§. 3.

Ob nun wol diese gantze Doctrin des Pontificis, wie wir unten sehen werden, höchst ungereimt, und nicht mit denen rechtschaffenen Re-

geln derer Muthmassungen von dem stillschweigenden Menschlichen Willen, ja nicht einmal mit denen Grund-Regeln des Juris Justinianei, überein kömmet, so ist doch nicht zu verwundern, daß die Canonisten diese Päbstliche Disposition als ein Oracul angenommen.

§. 4.

Das aber wäre wohl zu verwundern, warum bißanhero die Protestanten, so viel mir wissend, nicht mit Händen gegriffen, daß solche Lehre des Pabsts höchst irrig sey, und nicht einmal seine eigene Unterthanen, wenn es gleich der Pabst hätte haben wollen, verbinden könne, ja, daß selbige auch, nicht einmal nach dem Sinn und Meynung des Pontificis selbst, vor ein eigentlich sogenanntes Gesetz zu halten sey. Jedoch wird desjenigen Verwunderung gar leicht aufhören, welcher bedencket, wie die meisten Protestantischen JCti, da sie die principia justæ ratiocinationis entweder gäntzlich negligiret, oder nur obenhin, und irrig, tractiret, biß zu unseren Zeiten, in der beständigen Ketzerey gestecket, als wenn alles, was in dem Corpore Juris utriusque enthalten, jedermänniglich in Deutschland obligire, und daß, so offt das Jus Civile und Canonicum nicht übereinkommen, das Canonicum in dubio, als ein heiligeres, und mehr mit denen Regeln des Christenthums übereinstimmendes, ja vor der Sünde bewahrendes, auch in denen foris Protestantium vor dem Jure Civili prævalire. Da nun

nun dieses zum voraus gesetzet worden, hat es nicht anders seyn, können, als daß öffters, auch in denen Judiciis derer Evangelischen Fürsten selbst, nicht allein solche Responsa gegeben worden, welche besagten Canonem zum Grunde geleget, sondern auch nicht wenige Gerichts-Urthel auch in der andern Instanz, wie wir bald sehen werden, confirmiret worden. Dieses wundert mich aber recht sehr, wie es zugegangen, daß Zieglerus, ein sonst höchst scharffsinniger, und in der Lehre, recht zu schlüssen, überaus geübter und erfahrner JCtus, welcher sonst in denen Observationibus über den Lancelottum, nicht leichtlich etwas vorbey lässet, was eine Anmerckung oder Censur in denen Lehren des Päbstlichen Rechts verdienet, gleichwol wider jene falsche Päbstliche Assertion, von stillschweigender Widerruffung einer Vollmacht, gantz kein Dubium moviret habe. Vielleicht ist es darum geschehen, weil ihm die Observanz derer Sächsischen Judiciorum und die Autorität anderer protestantischen Rechts Gelehrten im Wege gestanden, daß er die Wahrheit entweder nicht beobachtet, oder seine Meynung hier zu eröffnen, nicht de tempore zu seyn geglaubet; in welchem Argwohn ich befestiget werde, weil er in denen Anmerckungen über besagten §. 15. pag. 702. sich von Vertheidigung der wahren Meynung, vom Widerruff einer Vollmacht bey denen Deutschen, welcher auch nach der Litis-Contestation vor zulässlich

gehalten wird, bloß durch die Autorität des Carpzovs abhalten und verleiten lassen.

§. 5.

Ehe wir aber die Wahrheit unserer Meynung demonstriren, wird mit wenigem erstlich zu erklären seyn, was eigentlich der Pontifex habe sagen wollen, und wie ihn die Canonisten sowol, als auch unsere Pragmatici, verstanden haben. Es scheinet, als wenn er um Rath gefraget worden, ob, und wie weit, ein Kläger, oder Beklagter, welcher einen Gerichtlichen Anwald constituiret hatte, und gleichwol nachgehends seine Sache selbst vor Gerichte tractiret, durch diese Selbst-Führung seiner Sache, die Vollmacht widerruffen zu haben, præsumiret werden könte? Lancelottus setzet noch diesen Umstand, als gleichsam zur Frage selbst gehörig, hinzu, daß nemlich der constituirte Anwald sich schon vor Gerichte, als Anwald, aufzuführen, angefangen habe. Aber solchen Umstand hat gleichwol Bonifacius ausgelassen, nicht, daß er gemeynet, er gehöre nicht zu der vorgelegten Frage, sondern, daß er eben denselben schon zum voraus gesetzet. Denn, wenn ein Procurator noch nicht im Gerichte zu klagen, oder auf die Klage zu antworten, angefangen, und also dem Richter und dem Parth der Wille dessen, der einen Anwald setzet, nicht bekannt, so wird vergeblich gefraget von dem Widerruff, massen der Widerruff eine Beruffung præsupponiret, welche Beruffung ordentlicher

licher Weise von dem Gegentheil und dem Richter daraus abgenommen und erkannt wird, wenn ein bestellter Anwald, als Gevollmächtigter seines Principals, vor Gerichte zu klagen, angefangen.

§. 6.

Der Pontifex beantwortet die vorgelegte Frage mit Unterscheid: Entweder der Anwald ist ausdrücklich, unter der Form und Bedingung, bestellet, so offt es sich zutrüge, daß der Mandans abwesend wäre, oder nur schlechthin, ohne Erwehnung einer solchen Clausul oder Bedingung. Auf den ersten Fall, spricht der Pontifex, werde eine Vollmacht nicht vor stillschweigend widerruffen geachtet, obgleich der Mandans entweder vor seiner Abwesenheit gegenwärtig, oder nach derselben wiederkommend, seine eigene Sache observiret, weiln nemlich, solchenfalls ein Procurator, so unter Bedingung der Abwesenheit constituiret worden, die Geschäffte des gegenwärtigen Principaln vor Gerichte nicht verrichten, einfolglich keine Ursach des Argwohns vorhanden seyn können, daß der Principal, wann er vor Gerichte persönlich erscheinet, und seine Sache selbst führet, es eben darum gethan habe, daß seine Meynung gewesen seyn solle, seinen Anwald, den er auf den Fall seiner Abwesenheit constituiret, bey nachgehends ereignender, oder wiederum erfolgter Abwesenheit, nicht mehr Anwald seyn zu lassen. Bey dieser ersten Assertion,

weiln solche gantz klar, und keinem Zweiffel unterworffen zu seyn scheinet, habe ich auch nichts merckwürdiges von denen Glossatoribus, oder anderen Päbstlichen Rechts-Gelehrten, annotiret gefunden, ausser, daß sie einen andern fast gleichmäßigen Casum hinzu gethan, von welchem in §. 14. gehandelt werden soll.

§. 7.

In dem andern Fall, und, wann ein Mandatarius schlechthin, ohne Erwehnung der Bedingung, **so offt der *Mandans* abwesend seyn möchte**, constituiret worden, formiret der Pontifex theils eine Regul, theils füget er der Regul Ampliationes und Limitationes mit bey. Die Regul lautet also: Ein Procurator, so schlechthin bestellet worden, wird vor stillschweigend widerruffen gehalten, so offt der Mandans hernach selbst vor Gerichte erscheinet, und seine eigene Sache tractiret, wenn er gleich nicht mit ausdrücklichen Worten gesaget, daß er dieses thue, in Meynung, seine Vollmacht zu widerruffen. Ja, wenn er auch gleich diesen Animum nicht hätte, muß er doch dasselbe alsdenn mit deutlichen Worten bezeugen; sonst wird der Procurator vor revocirt geachtet. Hier wolte ich nun zwar lieber, daß der Pontifex auch nur die geringste Bewegungs-Ursache angeführet hätte, warum er diese Regul also formiret, oder die Commentatores des Päbstlichen Rechtens, selbige gegeben, da doch, wie wir unten sehen werden,

viele Rationes dubitandi, und keine Ratio decidendi dießfalls vorhanden seynd. Allein, weiln solches, meines Wissens, von ermeldeten Commentatoribus nicht geschehen, sondern selbige diese Regul schlechterdings herzusagen pflegen, als einen Glaubens-Articul, um dessen Wahrheit die Vernunfft sich nicht bekümmern, sondern vielmehr sich selbst gefangen geben soll, so wollen wir auch hievon allhier ein mehrers nicht melden, sondern mag genung seyn, dieses nur mit zweyen Worten berühret zu haben.

§. 8.

Der Pontifex erweitert diese Regul, daß sie statt habe, es mag gleich der Mandans in diesem Fall vor, oder nach der Litis-Contestation, seine Sache selbst tractiren. Hier bemühen sich zwar die Canonisten gewaltig, wie sie diese Extension mit des Bonifacii Constitution in Capit. 2. eod. tit. allwo er deutlich spricht, es könne, nach der Litis-Contestation, eine dem Procuratori gegebene Vollmacht, wider seinen Willen, ohne erhebliche Ursache, (und also, bey Widerspruch des Procuratoris, ohne Causæ cognitione) nicht revociret werden, conciliiren mögen. Sie pflegen gemeiniglich zu antworten, daß die Extension des Pontificis in diesem Orte von demjenigen Casu zu verstehen sey, wann der Procurator drein willige, und also widerspreche es nicht dem vorhergehenden Capitulo. Andere erfordern auch bey dieser stillschweigenden Widerruffung einer

Vollmacht, wenn sie nach der Litis-Contestation geschiehet, daß Gegentheil selbst darein gewilliget; und diesen Umstand wollen sie auch von dem Pontifice in dieser Ampliation mit darunter verstanden wissen. Vid. Gloss. ord. ad d. cap. nostr. & ad d. §. 15. Inst. Lancel. Henricum Pirhing. ad Tit. X. de procurat. §. 9. n. 102. Notab. 2. p. 747. Ziegl. ad Lancelot. d. §. 15. p. 701. sequ.

§. 9.

Kurtz: der Pontifex handelt allhier hauptsächlich von dem stillschweigenden Willen des Mandantis, und von der Frage, ob dafür zu halten, daß er solchen habe widerruffen wollen, nicht aber von dem Effect dieses Willens, oder, ob dieser stillschweigende Widerruff einige Würckung habe, oder nicht? Der Unterscheid zwischen dem Widerruff einer Vollmacht vor, oder nach der Litis-Contestation, hat etwas zu bedeuten in der letzten Frage, ohne Betrachtung der Distinction unter ausdrücklicher und stillschweigender Widerruffung. Wird demnach gleichergestalt die Lehre von dem Unterscheid der ausdrücklichen und stillschweigenden Widerruffung, ohne den Unterscheid der Widerruffung, so vor, oder nach der Litis Contestation geschehen, tractiret werden können. Und also werden wir auch zwar über dieser Ampliation, da solche nicht hauptsächlich zu Abhandelung unseres Thematis gehöret, dem Pontifici eben keinen Streit erregen, absonderlich, da wir sonsten nöthig

hätten,

hätten, die Ubereinstimmungen und Unterscheide des Juris Civilis und Canonici, respectu des so genannten Dominii litis, zu untersuchen, welches denen Procuratoribus, jure Romano, nach der Litis-Contestation, zustehet, von welchem doch heute zu Tage vergeblich disputiret wird, nachdem mehr als zu gewiß ist, daß sothanes Litis-dominium in Deutschland niemalen dergestalt recipiret worden, daß es einigen Effect in foro habe, ohngeachtet man hierinn gemeiniglich viel dissentiren will, und also in foris Germaniæ die Widerruffung einer Vollmacht, ohne einigen Unterscheid ferner dabey zu observiren, ob selbige nach, oder vor der Litis-Contestation geschehe, ohne Zweiffel annoch kräfftig sey. vid. Ziegl. ad d. §. 15. Lancel. Dn. Thomas. ad tit. ff. de procur. p. 79. & ibi citatos. Hierzu kommt, daß diejenigen Casus, in welchen in denen foris Germaniæ nach der Philosophie des Bonifacii gesprochen worden, und welche uns Gelegenheit an die Hand gegeben, die Wahrheit des Päbstlichen Asserti zu untersuchen, dieses zum voraus setzen, daß dergleichen stillschweigende Widerruffung von dem bestellten Anwalden, oder von dem Widerparth des Mandantis, nicht angefochten, sondern vielmehr von diesem letztern, willig und gerne, auch wider Willen und mit Widerspruch des Mandantis, acceptiret werde. Daß also wiederum, auch in Ansehung dessen, eine weitere Erörterung über diese des Pontificis Ampliation vergeblich seyn würde. Bes. unten §. 17. & 19.

§. 10.

§. 10.

Folgen nun die Limitationes der Regul; Die erste ist, es wäre denn, daß der Mandans, um nur dem Procuratori zu assistiren, hernach selbst seine eigene Sache führete. Hier finde ich zwar dieses von denen Glossatoribus angemercket, daß, auch nach der Litis-Contestation, ein Mandans seinem Procuratori, wenn er gleich nicht wolle, assistiren könne, ob er gleich seine Vollmacht ohne billige Ursache zu widerruffen, nicht vermöge, Cap. 2. in fine h. t. in 6. L. Paulus 69. ff. de procur. l. si suspecta ff. de inoff. testam. Allein hieran ist wol gar kein Zweiffel. Dieses hingegen schiene vielmehr eine Erörterung zu bedürffen, ob nicht vielmehr Bonifacius diesen Casum, als einen gantz neuen, und nicht, als eine Limitation der Regul des andern Casus, habe wollen aufs Tapis bringen. Dannenhero dieses vor allen Dingen zu examiniren seyn wird, damit wir nicht dem Pabst eine falsche Meynung aufbürden, und also uns Larven erdichten, welche wir bestürmen wolten. Und zwar scheinet vor den Pabst dieses angeführet werden zu können. Wenn jemand einem Procuratori eine Vollmacht schlechthin, ohne zu erwehnen, daß er nur, im Fall der Abwesenheit, Procurator seyn solle, giebet, und der Mandans nachgehends seine Sache selbst beobachtet, wird alsdenn dafür gehalten, daß er die Vollmacht revociret habe, oder nicht? Allhier formiret der Pabst wiederum zwey Casus,

entwe-

entweder der Mandans agiret vor sich selbst, in der Absicht, dem Procuratori zu assistiren, oder ohne dergleichen Absicht. Im erstern Fall wird nicht dafür gehalten, daß er das Mandatum revociret, wol aber im andern Falle, wann er nicht ausdrücklich sich erkläret, daß er, ohnbeschadet seiner Vollmacht, die Sache immittelst führen wolle. Solchergestalt wird wol kein, oder doch ein sehr geringer Unterscheid unter unserer Meynung, und der Lehre des Bonifacii seyn. Wir wollens versuchen. Wenn dieses die Meynung des Pabsts gewesen wäre, so müste man die Worte des Capituli also erklären: **Ein anders aber ist es,** das heist, nicht so ohne Unterscheid, wie in dem ersten Casu, wirst du nicht dafür angesehen werden, daß du, indem du deine Sache selbst tractirest, die Vollmacht widerruffen habest, **wann er nur schlechthin von dir wäre** *constituiret* **worden, und du deine Sache,** diese Distinction, **es sey vor, oder nach der Einlassung auf die Klage, dergestalt selbst abwarten woltest,** wird zu Entscheidung der Controvers nichts gründliches beytragen, sondern man wird sich einer andern Distinction bedienen müssen. Denn du tractirest entweder deßwegen deine Sache hernach selbst, daß du dem Procuratori assistiren wollest, und alsdenn wird die Vollmacht vor widerruffen nicht geachtet werden, oder nicht, **daß du nur etwan mit deinem Anwalde zugleich vor Gerichte erscheinest, sondern** mit gantz abge-

wende-

wendeten Vertrauen von deinem constituirten Anwalde deine eigene Sache, als *Principal*, führetest, und alsdann wird freylich durch diese Selbst-Führung deiner Sache, der Anwald vor abgesetzt gehalten, du erkläretest dich dann ausdrücklich eines andern ꝛc.

§. 11.

Allein diese Periphrasis ist wohl ohne Zweiffel verkehret, und die hier eingeschobenen Worte sind der Meynung des Pontificis gantz zuwider. Vielmehr hat er dieses sagen wollen. Ein anderes aber ist es, das ist, es wird regulariter dafür gehalten, daß du, da du deine Sache selbst führest, die Vollmacht widerruffen habest, (wie die folgende Worte, wenn sie mit denen vorhergehenden zusammen gesetzet werden, augenscheinlich ausweisen,) wenn er nur schlechthin von dir wäre *constituiret* worden. Und du deine Sache, es sey vor oder nach der Einlassung auf die Klage, dergestalt selbst abwarten woltest, nicht, daß du nur etwan mit deinem Anwalde zugleich vor Gerichte erschienest, welches zwar ordentlicher Weise nicht zu præsumiren ist, sondern es ist vielmehr zu glauben, du seyest deßwegen mit erschienen, deine eigene Sache, ohne Intention ihm zu assistiren, als *Principal* führetest. Und also in dubio, alsdenn wird freylich durch diese Selbst-Führung deiner Sache, der Anwald vor abgesetzt gehalten, du erkläretest dich dann ausdrücklich eines andern ꝛc.

§. 12.

§. 12.

Man darff auch nicht fürwenden, es läge nichts daran, ob man spräche, es sey nur eine Assertion, daß derjenige, der seine Sache selbst vor Gerichte tractiret, ordentlich die Vollmacht widerruffen zu haben, angesehen werde, woferne dieses nicht, nur dem Procuratori zu assistiren, geschehen sey, oder ob man spräche, es wären zwey Regeln: die eine, man halte eine Vollmacht nicht vor widerruffen, wenn der Mandans seine Sache selbst, in der Intention, dem Procuratori zu assistiren, führet; die andere, man halte die Vollmacht vor widerruffen, wenn der Mandans, ohne Intention, dem Procuratori zu assistiren, seine Sache führet. Denn in effectu kämen diese beyden Dinge überein, obgleich, nach denen Begriffen und philosophischen Subtilitäten, einiger Unterscheid noch überbliebe. Ein JCtus aber müsse fürnemlich um den Effect bekümmert seyn. Denn ich antworte hierauf, es sey allerdings ein grosser Unterscheid, in Ansehung des Effects, allhier vorhanden. Es wird nemlich gefraget, ob, und wann, in dem Fall einer gegebenen schlechten Vollmacht, præsumiret werde, daß der Mandans, wenn er seine Sache selbst tractiret, solches in der Intention, nur dem Procuratori mit beyzutreten, gethan, oder nicht? Diese Quæstion wäre nicht decidiret worden, wann der Pontifex nichts anders geantwortet hätte, als nur diese zwiefache Regul zu propo-

niren. Nun aber, da er spricht, es werde regulariter dafür gehalten, daß ein Mandans, nicht in der Intention, dem Procuratori zu assistiren, vor Gerichte erscheine, so beruffet sich derjenige, der das Contrarium behauptet, auf die Ausnahme von der Regul, und also lieget ihm ob der Beweis des Contrarii, welches ihm nicht allein eine grosse Last aufleget, sondern noch darzu den Procefs verlängert; Da hingegen, wenn man spricht, daß regulariter ein Mandans, seine Vollmacht widerruffen zu haben, nicht geglaubet werde, ohngeachtet er seine Sache selbst tractiret, man beyderley Ungelegenheit überhoben ist, wie sich aus dem, was unten gesaget werden soll, zu Tage legen wird.

§. 13.

Die andere Limitation ist diese: Es wird dafür gehalten, der Mandans, wenn er seine Sache selbst tractiret, und nicht ausdrücklich sich eines andern erkläret, habe seine Vollmacht widerruffen, es wäre denn, daß aus einigen Muthmassungen das Contrarium erschiene. Der Pontifex setzet selbst einige Exempel solcher Muthmassungen hinzu: 1) Wenn etwan ein Punct vorkäme, dessen Wahrheit dir besser bekannt wäre: und dahin referiret die Glossa den Casum, wenn ein Kläger lieber den Principal selbst, als dessen Gevollmächtigten, belangen wolte, aus dem Lege 29. de procurator. oder wenn es eine Criminal-Sache betrifft, c. 1. de judic. in 6. 2) Wenn der Procurator selbst schwach und unpäßlich

päßlich wäre, oder vielleicht sich absentiret, (oder auch, wenn der Procurator gefangen säße, c. 2. h. t. in 6.) 3) Wenn auch sonst etwas anderes, was es immer seyn mag, sich zutrüge, um welches willen er dich selbst bey deiner Sache gegenwärtig haben müste, z. E. wenn der Eyd vor Gefährde von dem Mandante zu præstiren wäre, und der Gevollmächtigte hätte darzu kein Special-Mandat. d. c. 1. de judic. in 6. c. ult. de juram. calumn. in 6.

§. 14.

Nun wollen wir auch mit wenigen sehen, was die Canonisten zu dieser Doctrin des Bonifacii noch hinzu thun. Zu dem ersten oben im 6. §. proponirten Casu, wenn ein Procurator bestellet worden, unter der Bedingung, so offt der Mandans abwesend seyn möchte, setzen sie einen andern hinzu, nemlich, wenn ein Procurator, so wegen Abwesenheit des Mandantis constituiret worden, schlechthin, ohne Erwehnung obiger Clausul, so offt rc. bestellet wäre. Zum E. es setzet ein Principal, welcher in fremde Lande zu verreisen hat, einen Gevollmächtigten zu seinen Geschäfften. Als er nachgehends wieder kömmet, saget er nichts, sondern tritt wieder eine andere Reise an. Ist die Frage, ob die erstere Vollmacht noch dauere? Joh. Andreas referiret, es sey hierüber disputiret, und fest gesetzet worden, daß, nach vollbrachter ersten Reise, die erste Vollmacht vor stillschweigend widerruffen zu halten. Andere machen den Unterscheid, ob

die Reise eine antreibende, oder End-Ursache der Vollmacht sey, als Perusinus ad hoc cap. nostr. vid. Gloss. ad Lancelot. d. §. 16. p. 601. Ziegl. ib. Wiederum andere halten dafür, wenn der Principal, nach seiner Rückkunfft, zulässet, daß sein Gevollmächtigter seine Negotia weiter beobachte, so werde die Vollmacht vor widerruffen nicht gehalten. arg. l. item quæritur 13. §. qui impleto ff. locati. Pirhing. ad tit. X. de procurat. §. 9. n. 102. not. 1. Menoch. l. 2. præsumt. 36. n. 5. Meine Meynung anlangende, wolte ich anfänglich der Distinction inter causam impulsivam & finalem, mich lieber gäntzlich enthalten, weil doch causa impulsiva & finalis fast einerley. Denn z. E. eben die Abwesenheit treibet den Mandantem darzu an, daß er einen Gevollmächtigten constituiret, und eben selbige ist auch zugleich die causa finalis, warum er den Gevollmächtigten bestellet hat. Muß man dahero vielmehr sehen, was unter ihnen vorgegangen, und wie die Gerichtliche Vollmacht eingerichtet sey. Denn, wenn z. E. der Mandans in der Vollmacht gar keine Erwehnung gethan, daß er, aus Ursache seiner Abwesenheit, den Procuratorem bestellet, mithin seine Intention in mente behalten, so hielte ich dafür, die Vollmacht sey, bey des Principals Zurückkunfft, nicht vor revociret zu achten. Solte aber dieser Ursache in der Vollmacht ausdrücklich gedacht worden seyn, so wird keine Revocation vonnöthen seyn, sondern, nach geendigter Abwesenheit, höret die Gerichtliche Voll-

macht

macht auf, es wird auch selbige per patientiam des Mandantis keinesweges vor renoviret gehalten, ohngeachtet man hier ein Argument von der Locatione herzunehmen pfleget. Denn in negotiis extrajudicialibus kan die Patientia wohl an statt einer Vollmacht seyn. Aber bey einer Gerichtlichen Vollmacht ist sola patientia Domini zu des Mandatarii Legitimation nicht zulänglich. Gonsalez Tellez ad c. 1. X. de procur. n. 9.

§. 15.

Ferner extendiren die Canonisten die Regul des andern Casus, (daß ein den Procuratorem schlechthin constituirender Principal, wenn er seine von dem Procuratore angefangene Sache selbst tractiret, dadurch stillschweigend die Vollmacht revociret haben solle,) auf einen zwiefachen Casum: 1) Daß sie auch alsdenn statt finde, wenn der Principal seine von dem Procuratore in der ersten Instanz geführte Sache, in der andern, das ist, Appellations-Instanz, prosequiren wolte, (welches ich verstehe, wann nemlich auch dem Procuratori eine Vollmacht zu agiren, in der andern Instanz gegeben worden.) 2) Daß sie statt finde, auch bey dem Procuratore, in Ansehung des von diesem substituirten Affter-Anwalds. Denn, wenn der Procurator, welcher potestatem substituendi, & simul revocandi substitutum, hat, einem andern, so da gegenwärtig ist, und solches acceptiret, seine Vices aufträget, und nachgehends er selbst die Sache wiederum tractiret, so hat es das Ansehen, daß er einen solchen substi-

tuirten Anwald revocire. Glossa ad d. §. 15. Lancel. p. 601. Pirhing. d. l. not. 2. p. 747. Ich sage, wenn der Procurator potestatem substituendi, & substitutionem revocandi, hat. Daher dissentiret nicht Lancelottus d. tit. 2. lib. 3. §. 17. allwo er, nachdem er die Meynung des Bonifacii aus unserem Capitulo recensiret hat, darunter setzet:

> Dieses aber ist von der revocatione Domini zu verstehen. Denn, wenn von deinem Procuratore ein anderer Procurator legitime substituiret wird, so kan dieser substituirte, nach übernommener Vollmacht, weñ er sich gleich derselben nicht bedienet hat, von jenem nicht revociret werden, weñ ihm nicht auch potestas revocandi verliehen worden.

Denn aus denen Worten des Lancelotti ist offenbar, daß er allhier den Procuratorem dem Domino entgegen setze, nicht in Ansehung der Frage: von der stillschweigenden Widerruffung, sondern in Ansehung der Frage, von der potestate revocandi.

§. 16.

Was dannenhero bemeldete zwiefache Extension betrifft, so werden wir zwar in folgenden absonderlich davon zu handeln, nicht bemühet seyn. Denn die Wahrheit derselben dependiret von der Wahrheit der Regul. Wenn nur die Regul wahr wäre, könten wir auch gar leicht die Wahrheit dieser zwiefachen Extension zugeben, sowol in Ansehung des tacite revocantis, (es mag dieser entweder der Principal selbst, in-

tuitu seines Procuratoris, oder der Procurator, intuitu seines substituirten Anwaldes, seyn,) als in Ansehung derer Instanzen, weiln diese abwechselnde Umstände gar nichts beytragen zu Beurtheilung der Controvers von stillschweigender Widerruffung einer Vollmacht. Weiln wir aber in folgenden zeigen werden, daß die Regul des Pabsts durchaus falsch und höchst ungereimt sey, so werden dadurch auch zugleich sothane zwiefache Extensiones von selbst übern Hauffen fallen.

§. 17.

Bevor aber dieses geschiehet, wird zu erweisen seyn, daß die Päbstliche Regul auch von denen protestantischen JCtis recipiret, und in forum introduciret worden. Die hierbey anzuführenden Exempel haben wir dem Fleiße des berühmten JCti Lipsiensis, Rivini, beat. mem. zu dancken, welcher in seinen Enunciatis juris ad Tit. VII. Ordinat. Proc. Sax. §. 57. & sequ. usque ad §. 63. mit grosser Sorgfallt solche Responsa und Sententias derer Collegiorum Juridicorum Evangelicorum colligiret hat, welche von der Praxi unseres Capituli testiren können. Was den Usum generalem der Regul anbelanget, so gehöret hieher das von gedachtem Herren Appellations-Rath Rivino d. §. 57. p. 267. angeführte Responsum: Hat Kläger einen Injurien-Procesś anfänglich per procuratorem führen lassen, nachgehends aber die Sache selbst fürgenommen, alle Schrifften auf sich gerichtet, in seinem Namen und Unterschrifft übergeben, und wird daher ge-

fraget: Ob nicht Beklagter, wenn Klägers Procurator in termino prosecutionis erscheinen solte, ihme exceptionem illegitimationis opponiren könte? Ob nun wol dafür gehalten werden möchte, daß per constitutionem Procuratoris nicht dem Domino selbst könne verwehret werden, in judicio zu erscheinen, und seine Sache fortzusetzen, auch, indem er dieses verrichtet, nicht eben die Vollmacht dadurch aufgehoben zu seyn scheinet; Hiernächst Klägers Procurator sich schon einmal ad Acta legitimiret, und daher, daß er keiner Legitimation bedürffe, nicht unbillig geschlossen werden möchte; Dieweil aber dennoch in denen Rechten ausdrücklich versehen, quod si Procurator ad litem constitutus, sive ante litem contestatam, sive post, ad causam ipsam venias, non ut ipsi Procuratori assistas, sed ut causam tractes eandem, tractando ipsam eum revocare censearis, nisi dicas expresse, quod ipsum vis in officio procurationis (hoc non obstante) manere, per verba Cap. Si quem 8. de Procurat. in 6. Und in dieser Sache Kläger sowol seinem Procuratori nur zu assistiren, solches nicht gethan, als auch, daß er seinen Procuratorem dadurch nicht revociret haben wolte, sich nicht erkläret, und daher derselbe Procurator allerdings eine neue Vollmacht vonnöthen hat; So halten wir dafür, daß Beklagter des Klägers Procuratori, so er wiederum den Procefs fortsetzen wolte, exceptionem illegitimationis zu opponiren wohl befugt.

§. 18.

§. 18.

Ehe ich weiter fortfahre, mercke ich, daß aus nurerzehlter Quæstion und Responso, über der Exceptione illegitimationis, einigen ein Zweiffel entstehen dörffte, als ob von uns über einer Sache von schlechter Wichtigkeit disputiret werde, wann nemlich die Päbstliche Regul keinen andern Nutzen habe, als daß sie nur exceptionem illegitimationis producire, welcher ja gar leicht Genüge geleistet werden könne, wann der Dominus durch eine neüe Vollmacht den Procuratorem anderweit constituire. Allein ich antworte, daß, wenn gleich unsere Arbeit keinen andern, als nurbesagten, Nutzen hätte, dennoch solche nicht pro mere scholastica & speculativa zu halten seyn werde, massen auch die blosse exceptio illegitimationis, wenn solche nur allein opponiret wird, schon verdrüßliche, und den sonst schnelleren Lauff des Processes hemmende effectus produciren kan. Nächst diesem werden nachfolgende Exempel auch gar leicht zeigen, daß solche Exceptio illegitimationis nicht allezeit durch eine neue anderweite Vollmacht removiret werden könne, sondern öffters auch mit anderen Exceptionibus, von welchen vielmals der Verlust der gantzen Sache dependiret, verknüpffet seye.

§. 19.

Denn es können mit der Exceptione illegitimationis gar leicht concurriren die Exceptiones non admissibilis, aut desertæ leuterationis, vel appellationis, item, desertæ probationis, und dergleichen.

chen. Was nun, harum intuitu, in Praxi davon zu mercken sey, lehret gedachter Herr Appellations-Rath, Rivinus d. §. 57. p. 268. mit diesen Worten:

Ob hanc causam cum principalis subscripsisset schedulam leuterationis, nec non pro extrahendo termino, Mandatarius autem susciperet prosecutionem leuterationis, hæc pro deserta cum expensis judicabatur a Senatu Appell. Term. hyem. 1696. in causa Gottfried M. und Cons. contra Staz Friedrichen von F. Similiter cum Mandans subscriberet supplices preces, in quibus petebantur apostoli, nec non refutationem apostolorum refutatoriorum, mandatarius vero absque nova legitimatione justificaret appellationem, hæc pro deserta judicabatur, Term. hyem. 1697. in causa D. B. L. S. contra Christoph B. von E. daß die eingewandte Appellation desert und erloschen, es ist auch Appellant die Unkosten dieses Termins, welche auf 6. Rthlr. 7. Gr. hiermit gemäßiget werden, Appellaten zu erstatten schuldig. Quæ sententia, non obstante leuteratione, confirmata Term. hyem. 1698. Ex eadem quoque ratione Scabini Lips. cum Mandatarius, revocato per intromissionem Principalis mandato, interponeret leuterationem, hanc pro inadmissibili habebant M. Nov. An. 1697. ad Senatum Lips. in causa Hieronym. W. contra Heinrich B. daß die eingewandte Leuterung nicht zuläßlich, Kläger auch die expensas retardati Processus,

cessus, nach vorgehender deren Liquidation und richterlicher Ermäßigung, Beklagtem zu erstatten schuldig.

§. 20.

Ferner ist leicht zu glauben, daß diejenigen Collegia, welche die Päbstliche Regul zum Fundament ihrer Urtheile geleget, auch derer Canonistarum Extension der Regul auf die von dem Procuratore beschehene stillschweigende Widerruffung der Substitution, approbiret haben. Und hieher gehöret, was der Herr Appellations-Rath Rivinus §. 58. meldet, daß nemlich in dem hohen Appellation-Gerichte, Termino æstivo 1696. nicht allein in Sachen Annen Sophien M. und Consf. contra George von C. sondern auch in Sachen J. M. K. und Consf. contra Johannen Sybillen S. und Consf. als in beyden Fällen der Kläger um Termin zur Leuterungs-Prosecution in Schrifften angesuchet, sein Substitutus aber, vermöge seiner vorigen Substitution, die Leuterung zu prosequiren, sich unterstanden, erkannt worden, daß die Leuterung desert sey, mit zugleich annectirter condemnatione in expensas. Der Herr Appellations-Rath Rivinus meynet zwar, daß schon zu damaligen Zeiten die Urtheile gedachten Appellation-Gerichts über diese Quæstion nicht accordiret hätten, weil nemlich in Termino hyem. 1685. in Sachen Caspar Heinrichs von S. und Consf. contra Günthern von B. die Leuterung, welche ein Substituens interponiret, und um Termin angesuchet, hernach aber selbige, substituti

nomine,

nomine, prosequiret, und als Advocat unterschrieben hatte, mit nichten vor desert geachtet worden wäre. Aber ein ieder siehet klärlich, daß dieser Casus von denen vorigen gantz und gar divers sey, und das Appellation-Gerichte in diesem letztern, auch ex mente Pontificis, nicht anders sprechen können. Dann, wenn zum E. der Mandans die Leuterung selbst interponiret, und hernach eben dieser Mandans, unter dem Namen des Mandatarii, die Leuterung prosequiret, und als Advocat subscribiret hätte, so würde Gegentheil ihme ohne Zweiffel die Exceptionem illegitimationis, wegen stillschweigenden Widerruffs der Vollmacht, ohne Grund opponiret haben, weiln ja der Mandans selbst durch dieses neue Factum zur Genüge an den Tag geleget, daß er, durch Interponirung seiner Leuterung, keinen animum revocandi gehabt habe; Und also dieser Casus zu denen Muthmassungen gehöre, welche der Pontifex in der andern Limitation seiner Regul gesetzet, von welchen oben §. 13. gehandelt worden.

§. 21.

Ferner referiret eben ermeldeter Herr Rivinus d. l. §. 61. & 62. daß die Collegia juridica Saxonica in denen Quæstionibus, welche zu der andern Exception des Pabsts gehören, ad mentem Papæ gesprochen, obwol auch hier die Sententiæ nicht allemal gleichförmig gewesen. Also habe das hohe Appellation-Gerichte bey einem Actu, welchen der Mandatarius ohne neue Special-Vollmacht nicht expediren können, da z. E.

der

der Principal die denominirten Zeugen in Schrifften fallen lassen, und gebethen, daß sie nicht abgehöret werden möchten, die Objection der Exceptionis illegitimationis, welche hernach dem Mandatario geschehen, term. hyemali 1701. in Sachen Staz Friedrichs von F. contra D. Caspar D. negligiret, d. §. 61. Was aber die Exception, da die Gegenwart derer Principalen in Judicio nöthig gewesen, betrifft, davon schreibet er also d. §. 62. „Inde cum principalis ob juramentum „præstandum se sisteret in Judicio, schedulæ quo„que ipsius nomine subscriptæ penes acta reperi„rentur, Leuteratus vero tacitam mandati revo„cationem urgeret, (hier ist zu suppliren: als nachgehends der Mandatarius die interponirte Leuterung prosequiren, oder dergleichen etwas „verrichten wollen) in causa Fr. J. C. F. von S. „contra D. Joh. Friederich F. respondebat qui„dem Fac. jurid. Lips. M. Majo 1701. an den „Amtmann zu Chemnitz: daß Beklagtens ein„gewandte Leuterung desert und erloschen, der„selbe auch die Unkosten dieses Termins Klägern „zu erstatten pflichtig. (Ohne Zweiffel um deßwillen, weiln, wie in vorhergehenden gemeldet war, nebenst der Erscheinung des Principals, auch die nomine desselben unterschriebenen Schedulæ bey denen Acten gefunden worden.) „Sed inter„posita Leuteratione reformatoria sequebatur ex „Scabinatu Lips. M. Martio 1702. Nunmehro rc. „Daß, gestalten Sachen nach, Beklagtens ein„gewandte und bereits prosequirte Leuterung

„nicht

„nicht desert, er auch mit Erstattung derer Un„kosten selbigen Termins zu verschonen, Kläger „hingegen, nach anderweit vorgehender Ladung, „auf ietztbesagte Leuterung, mit der Verwar„nung, daß in Verbleibung dessen, darauf er„kannt werden solle, sich einzulassen schuldig. (Fundirte sich also diese darauf erfolgte Sententia correctoria nicht sowol in der eintzigen Ration, daß der Actus juramenti præstandi, nothwendig des Principaln Gegenwart erfordere, als insonderheit auch darinne, daß die Schedulæ principalis nomine subscriptæ eine stillschweigende Widerruffung der Vollmacht nicht inferiren. Eben dasselbe dörffte auch vielleicht von folgendem Casu zu sagen seyn. Was aber für eine wahre Ratio darunter verborgen gewesen, davon wollen wir unten Meldung thun, in §. 40.) „Similis casus „occurrebat coram Prætorio Lipſ. ubi reus in „termino ad jurandum præfixo comparebat, sed „negabat, adversam partem ad præstandum jura„mentum principale admittendam, cum oblatio „non rite facta. Postea ejus mandatarius contra „sententiam desuper latam interponebat leutera„tionem, eamque in termino præfixo prosequeba„tur; ipsi objiciebatur practica Cap. 8. de pro„cur. in 6. Cæterum cum mandantis personalis „comparitio ad præstandum juramentum calumniæ „necessaria fuisset, præterea ex transmissa citatione „ad prosecutionem leuterationis, quæ insinuata „principali, conjectura de non facta tacita revo„catione colligeretur, ad merita leuterationis

pro-

„pronunciabatur in causa Reginen T. contra „Gottfried Heinrich S.

§. 22.

Dieses wird genung seyn können von der Meynung der Päbstlichen Lehre, so viel die still-schweigende Widerruffung einer Vollmacht betrifft, wenn nemlich der Principal seine Sache selbst zu führen angefangen, und von derselben Praxi in Judiciis Germaniæ. Nunmehro müssen wir auch zum andern Theil schreiten, und erweisen, daß diese des Pabsts, Lehre gantz ungereimt, der gesunden Vernunfft, und selbst denen principiis Juris Justinianei zuwider, mithin von keiner Verbindlichkeit sey, wenn solches gleich der Pabst gewolt hätte, ja, daß der Pabst nicht einmal verlanget, daß die Judices nach derselben nothwendig sprechen solten, welches alles ich schon oben, §. 3. & 4. behauptet habe. Die gantze Sache ist etwas genauer zu wiederholen, wiewol gantz kürtzlich. Das erste Fundament meiner Assertion von der ineptitudine Doctrinæ Papalis bestehet darinne: Daß eine revocatio mandati nicht præsumiret werde, sondern von dem, so sie allegiret, erwiesen werden müsse. Es ist dieses ein principium rectæ rationis, weil die revocatio facti ist, Facta aber und Mutationes nicht præsumiret werden, daß man also, zu Erweisung dieses Asserti, gar nicht nöthig hat ad Leges zu provociren, besonders, da das Jus Canonicum, in Ansehung dieses Principii, hier mit nichten uns entgegen zu seyn scheinet. Verlanget man

man aber ja Leges und Autoritates, so thue ich hinzu Leg. 22. ff. de probat. L. Sancimus C. de testament. Menoch. de præsumt. lib. 2. præsumt. 36. n. 3. & lib. 6. præs. 37. per integr. Conf. Christ. Thomasii Dissert. de præsumtione allodialitatis §. 16. 17.

§. 23.

Inzwischen aber ist die Revocatio, vel expressa, vel tacita; die expressa geschiehet mit deutlichen Worten, die tacita hingegen durch facta. Weil nun hierinnen, meines Wissens, auch alle Canonistæ einig sind, so haben wir hier kein Wort hinzu zu thun. Dieses aber ist doch zu mercken: daß nicht alle und iede Facta eine Revocation inferiren, sondern nur solche, von welchen ein jedweder Mensch, der eine gesunde Vernunfft hat, inferiren kan, daß selbige, wo nicht allezeit, doch meistentheils, von Leuten geschehen, animo revocandi. Und werde ich hier nicht nöthig haben, den Leser mit Erweisung dieses Asserti aufzuhalten, da sich hierauf theils die allgemeine Regul de præsumtionibus gründet, (vid. Christ. Thomas. d. §. 17.) theils auch die Canonisten, so viel diesen generalen Concept von der revocatione tacita betrifft, meines Behalts, nirgends dissentiren. Unterdessen bemercke ich nur dieses allhier obiter, daß, gleichwie der Herr Geheime Rath Thomasius in Instit. jur. Divin. lib. 2. c. 7. §. 21. usque ad §. 33. weitläufftiger ausgeführet, man müsse nicht den Consensum tacitum mit dem præsumto (das Wort Præsumtio allhier nach dem

Stylo

Stylo JCtorum Romanorum strictius genommen,) confundiren, also auch eben dasselbe allhier, Ratione der Revocation, zu wiederholen seye, nemlich, man müsse auch die revocationem tacitam nicht mit der præsumta confundiren. Denn tacita revocatio sey diejenige, welche aus dem solo facto und der Intention des Revocantis geschlossen wird. Præsumta hingegen heisse die, welche zwar ein factum præsupponiret, aber nur ein solches, woraus eben nicht geschlossen werden kan, daß dieses die Intention des Facientis gewesen, und obligiret doch gleichwol auch einen Invitum, nach denen, aus angeführten Instit. jurispr. div. allhier zu wiederholenden Principiis. Die præsumta revocatio gehöret hieher nicht, wie wir unten §. 39. erweisen werden.

§. 24.

So ist auch nicht zu confundiren revocatio tacita mandati, mit der Expiratione, oder Erlöschung und Aufhörung des Mandati. Eine jedwede Revocatio machet zwar, daß die Vollmacht erlischt und aufhöret, aber nicht eine jedwede expiratio mandati ist auch eine Revocatio. Die revocatio mandati supponiret eine mutationem voluntatis. In welcher Expiration nun diese mutatio voluntatis nicht angetroffen wird, da ist auch keine revocatio mandati. Ich würde dieses nicht erinnert haben, weil es ohne dem fast in die Sinne fället, wenn ich nicht wahrgenommen hätte, daß diese beyde Dinge bißweilen von denen JCtis wären confundiret worden. Also referiret Me-

nochius, lib. 2. præsumt. 36. n. 28. wiewol parum apte, unter die Muthmassungen einer revocirten Vollmacht, auch den Tod des Mandantis, da doch durch den Tod des Mandantis die Vollmacht zwar expiriret, wie er sich bald selbst erkläret, aber nicht vor revociret geachtet wird. Denn ein Todter, da er nicht mehr wollen kan, so kan er auch nicht mehr **nicht wollen**, mithin auch nicht revociren. Auf diese Observation habe ich auch oben zurück gesehen, §. 14. da ich gesaget, daß in dem Casu, wenn der Mandans in seiner Vollmacht ausdrücklich meldet, wie er den Mandatarium setze, so lange er, der Mandans selbst, abwesend seyn möchte, cessante absentia es keiner Revocation bedürffe, sondern die Vollmacht expirire. Wiewol Menochius ibid. n. 5. die Aufhörung einer solchen Abwesenheit auch ad species revocationis tacitæ referiret.

§. 25.

Ich gehe weiter fort: Die Revocatio tacita einer Vollmacht ist entweder genuina, oder spuria. Genuinam nenne ich, welche sich gründet auf das dictamen rectæ rationis, und auf die frequentiam exemplorum, unter welchen diejenigen, so solche facta unternommen, keine andere Intention gehabt haben, als stillschweigend ihre Vollmacht zu widerruffen. Es fliesset diese Beschreibung aus dem, was §. 23. gesaget worden. Daher man nun leicht abnehmen kan, was ich durch spuriam revocationem tacitam verstehe, wie bald aus denen Exempeln erhellen wird.

§. 26

§. 26.

Ad genuinam revocationem tacitam referire ich die Bestellung eines neuen Procuratoris: Also spricht Ulpianus l. 31. §. 2. ff. de procurat. „ Ju„lianus ait, eum, qui dedit diversis temporibus „procuratores duos, posteriorem dando, priorem „prohibuisse videri. Welche Præsumtion auch statt findet, obgleich das letztere Mandatum inutile, oder von dem secundo mandatario nicht wäre acceptiret worden, gleichwie auch eine inutilis translatio legati zum wenigsten wie eine ademtio subsistiret. Menoch. lib. 2. præsumt. 36. „n. 12. So haben die Scabini Lips. M. Nov. „1695. ad Senatum Wurzensem, in causa angege„benen Anwalden Nicolai Lamberts, contra Joh. „Hennigen erkannt: Daß Kläger vor allen „Dingen, wegen seines Principaln, weil die fol. „act. 2. producirte Vollmacht, durch die nachge„hends fol. 54. ausgestellte, vor aufgehoben zu „achten, sich gebührend zu legitimiren schuldig, „und ist die eingewandte Appellation desert und „erloschen. Rivinus d. l. §. 64.

§. 27.

Eben dergleichen ist auch zu sagen, wenn der Principal seinem Procuratori die Instrumenta, libros rationum, und übrige Befugniße, mit welchen dieser Procurator sein officium exercirete, wegnimmet, wie post Angelum, Romanum, Ripam &c. gar recht statuiret Menochius d. l. n. 4. Welches doch, wie Alciatus mit wohlgegründeten Rationibus angemercket hat, in solchem Casu, zwar

in Ansehung des Principaln selbst, welcher den Procuratorem constituiret, und des Procuratoris selbst, nicht aber intuitu eines tertii, angehet. Das heist, der Procurator, deme die Instrumenta &c. solchergestalt von dem Principaln genommen worden, kan seinen Principaln, wenn er nachgehends dessen Negotia verrichtet, actione mandati nicht belangen, noch der Principal den Procuratorem, wenn dieser nachgehends z. E. nomine seines Principals, Gelder empfangen hätte. Allein der Tertius, mit welchem z. E. der Mandatarius, nach dieser stillschweigenden Revocation, davon der tertius nichts gewust, contrahiret hat, kan, ohngeachtet derselben, den Mandantem allerdings belangen, oder wider ihn sich mit seiner Exception schützen. Eben so verhält sichs auch, wenn ein solcher mandatarius judicialis nachgehends den Procefs nomine mandantis continuiret.

§. 28.

Noch eine andere Muthmassung einer revocationis tacitæ ist, wenn der Principal demjenigen Processe, um welches willen er den Procuratorem constituiret gehabt, renuncirete, wie wiederum post Vantium & Rotam Romanam, Menochius d. l. n. 25. statuiret. Denn niemand wird contradictoria verlangen können, dergleichen sind aber, dem Processe renunciren, und doch haben wollen, daß der Procurator den Procefs fortsetzen solle. Jedoch werden auch, ratione efficaciæ, welche diese tacita revocatio nach sich ziehet, noch andere Umstände zu præsupponiren seyn, nemlich,

daß

daß nicht allein pars adversa, sondern auch der Procurator selbst, von solcher Renunciation des Processes Nachricht und Wissenschafft gehabt. rc.

§. 29.

Anlangend die tacitas revocationes mandati spurias, wollen wir, um nicht alsbald von unserem Pontifice selbst anzufangen, sondern das Gemüth des Lectoris ein wenig zu præpariren, vorhero einige Exempel, so von denen Canonisten, oder Legisten, ohne gnugsame Ursache, unter die species revocationis mandati tacitæ gebracht worden, recensiren. Hier aber äussert sich alsofort die zwischen dem Principaln und seinem Procuratorn entstandene inimicitia capitalis: Denn, wo diese sich zutrüge, werde dafür gehalten, daß die Vollmacht tacite revociret sey, wie, nächst anderen, hinwiederum Menochius d. præs. 36. n. 24. statuiret, ja noch hinzufüget, es sey einerley, wenn gleich die inimicitia nicht capitalis wäre, worzu ihn die auctoritas Glossæ in cap. 2. de procur. in 6. verleitet haben mag. Ich bin contrairer Meynung. Denn ich sehe keine hinlängliche Ursache, warum durch entstandene Feindschafft eine Vollmacht vor widerruffen geachtet werden solle. Zwar gestehe ich gerne, daß eine entstandene Feindschafft die Menschen offt bewege, ertheilte Vollmachten zu widerruffen; Allein ich halte doch solche nicht von der Wichtigkeit, daß, ohne einig andern hinzu gekommenen facto, selbige gleichsam ipso jure vor revociret zu achten wären. Also ist, damit ich die Sache mit einem Gleich-

nisse erkläre, die ingratitudo donatarii zwar eine Ursache, daß die beschehene Donation revociret werden könne, sie ist aber doch nicht hinlänglich, daß, woferne nicht der Donans seinen voluntatem, die Schenckung zu widerruffen, mit Worten, oder durch ein ander factum declariret, solche auch vor revociret zu achten seyn solle.

§. 30.

Es provociren zwar die Dissentientes auf ein anderes simile zum Behuff ihrer Meynung. Denn hierzu komme, spricht Menochius d. l. daß man auf gleiche Weise sage, ein Legatum, so von dem Testatore beschieden worden, werde, ob inimicitiam supervenientem inter testatorem & legatarium, revociret zu seyn, præsumiret, wie also Ulpianus in l. 3. §. ult. ff. de ademt. legat. & in l. 9 ff. de his, quæ ut indign. respondiret; und dahin incliniret auch Papinianus l. 22. eod. adde Menoch. lib. 4. præs. 171. integr. Allein ich antworte: 1) Daß auch eben dieses Assertum Ulpiani und Papiniani nicht unverwerfflich sey, massen man auch dieser Doctrin gar viel entgegen setzen könne. Weßwegen auch Grœnewegen ad d. l. 3. angemercket hat, daß solche dispositio juris Romani heutiges Tages nicht in usu sey, welches er mit der revocatione donationum, und anderen dißfalls angeführten JCtis, erweislich machet. Es hat zwar der Continuator Usus Moderni ad tit. de adim. & transfer. leg. §. 3. nicht unrecht annotiret, daß dieses argumentum Grœnewegenii nicht sowol praxin contrariam probire, als vielmehr

mehr ipsam decisionem juris civilis impugnire: jedoch, was hinzu gefüget wird, daß Groenewegenii dicta, wegen dort angeführter Rationum, nicht concludireten, darauf könte leicht geantwortet werden, wenn wir ietzo von der ademtione legatorum zu handeln, vor uns hätten. Und dennoch hat auch er selbst nicht praxin hodiernam probiret, d. l. 3. 2) Wenn aber auch gleich dieses also bey denen Legatis richtig wäre, so würde doch das daher genommene Argumentum nicht auf die negotia inter vivos concludiren, secundum tradita in dicto Usu moderno d. §. 3. Ich füge hinzu, daß die Dissentientes selbst bey der revocatione tacita mandati keinen Unterscheid inter capitales & leviores inimicitias machen, da doch in der Quæstion, de tacita ademtione legatorum, die JCti Romani nicht geglaubet, daß, ob leviores inimicitias, die Legata adimiret worden. Aber diese letztere Antwort ist nur ad hominem. Denn, nach unserer Meynung, ist die erstere zu præferiren, weiln wir dafür halten, es sey in der Quæstion, de voluntate tacita, oder doch de revocatione tacita, kein Unterscheid inter actus inter vivos, & ultimas voluntates.

§. 31.

Menochius setzet weiter hinzu, d. præsumt. 36. num. 25. „Es trage am meisten bey zu Erweisung solcher Meynung, was Alciatus geschrieben, daß ein Procurator von dem Domino revociret zu seyn, præsumiret werde, wenn eine solche Ursache darzu komme, welche, wenn sie im

„Anfange wäre da gewesen, der Mandans den „Procuratorem nicht constituiret hätte. Allein, salva autoritate Alciati, sey mir erlaubet, zu antworten: Daß diejenige Regul, so er giebet reg. 2. præsumt. 16. ob er sie gleich auf negotia restringiret, welche von eines einzigen Menschen Willen dependiren, dennoch nicht universaliter vera sey, wie abermals aus dem Exempel der Donation, welche einem solchen Menschen conferiret worden, der nachhero den Donantem hefftig beleidiget, erhellet. Denn mehr als zu offt lassen Leute, die halbicht genereus sind, ihr Verschencktes anderen zukommen, ob sie gleich dasselbe nach Belieben wieder nehmen könnten, welches sie nicht würden verschencket haben, wenn die circumstantia superveniens im Anfange vorhanden gewesen wäre. Und also sehe ich keine Ration, warum die præsumtio contraria von der Natur derer Menschen, so der Rache ergeben sind, eine Regul in dergleichen Negotiis machen solle.

§. 32.

Ich referire auch zu denen speciebus spuriæ revocationis tacitæ mandati, diejenige Gattung, so bey dem Menochio d. præsumt. 36. lib. 2. n. 26. folget, allwo er behauptet, „es werde auch die „Vollmacht vor revociret gehalten, wenn der „Procurator, als eine persona honesta erwehlet „gewesen nachgehends aber derselbe ein nequam „& facinorosus worden; Zu welchem Ende Menochius die autoritatem Jasonis & Felini allegiret. Ich wolte aber lieber rationem haben, als autoritatem.

tatem. Denn im Anfange, kan der Procurator, auch de jure Civili, infamis seyn, §. ult. Inst. de except. wird er aber lege vel moribus prohibiret, infamis zu seyn, c. 1. & 2. C. 3. q. 7. so wird er per legem, und nicht ex voluntate mandantis, repelliret. Aber du sprichst: Menochius redet von dem Casu, da einer zum Procuratorn, tanquam persona honesta, constituiret worden. Ich nehme auch diesen Casum an, und also wird sodann die ratio des asserti keine andere seyn können, als, weiln die Sache nachgehends auf den Fall kömmet, welcher, wann er im Anfange vorhanden gewesen, der Procurator nicht würde constituiret worden seyn. Aber diese Ration habe ich schon in §. præced. verworffen. Vielleicht hat aber doch Menochius auf den Casum gesehen, da der Procurator ausdrücklich, unter dieser Clausul: so lange er nicht infamia laboriren wird, bestellet worden. Ich lasse auch dieses zu, und bin alsdenn mit Menochio einig, daß er sodann aufhöre, Procurator zu seyn, wenn er ein nequam & facinorosus worden: Aber auch alsdenn wird dieser Casus zu der Quæstion, wenn davor gehalten werde, daß ein Mandatum expirire? und nicht zu denen quæstionibus de revocatione tacita gehören. Conf. supra dicta §. 24.

§. 33.

Die bißhero erzehleten exempla spuriæ revocationis tacitæ sind doch noch, wie zu sehen, von einigen, obgleich nicht gar tüchtigen, doch auch nicht gar ermangelnden Rationibus dubitandi unterstützet

terstützet gewesen. Allein das dritte Exempel, welches Pabst Bonifacius von einem solchen Mandante suppeditiret, welcher nur schlechhin einen Procuratorem bestellet, und hernach selbst seine Sache zu tractiren anfänget, ohne ausdrücklich zu protestiren, daß er dieses nicht thue animo revocandi, hat auch keinen Schein der Wahrheit. Daher wir auch nicht nöthig hätten, ein einiges Wort hinzuzuthun, sondern schon genung wäre, dieses falsissimum assertum nur zu negiren. Um aber doch alle Ausflüchte denen Dissentientibus zu benehmen, so wollen wir diesen Ungrund distinctius erweisen.

§. 34.

Præsumtiones werden aus solchen Dingen genommen, die da gemeiniglich zu geschehen pflegen, nicht aber aus solchen, quæ rarissime contingunt; so viel fehlet es, wenn dieselben gar niemals sich zuzutragen pflegen. Ich möchte aber gerne ein Exempel von negotiis judicialibus haben, da ein Mandans, wenn er solche selbst tractiret, præsumiret werde, daß er, wenn er solches nicht gemeldet, oder aus einem andern facto vel circumstantia es zu schliessen wäre, dasselbe gethan habe, animo revocandi mandatum, und nicht vielmehr animo assistendi procuratori. Denn bißhero ist noch kein einiges Exempel dißfalls von denen dissentientibus allegiret worden, sondern alles, was sie hier angeführet, ist, gleichwie die Regul selbst, ohne Ration gewesen. Wir wollens versuchen. Es hat der Mandans eine

Leute-

Leuterung oder Appellation interponiret; nach der Leuterung oder Appellation, so der Mandatarius interponiret, suchet jener um Termin zur Prosecution an, oder um Bericht; der Mandans erscheinet persönlich vor Gerichte mit dem Procuratore, und führet die Sache, tacente procuratore, selbst; Absente procuratore thut er eben dasselbe; suchet an um neuen Termin (es geschehe schrifft- oder mündlich, das ist einerley,) übergiebet Beweis-Artickul, contestiret selbst litem; und verrichtet also aus allen übrigen negotiis judicialibus selbst etwas. Hat er denn hæc singula (ich sage, singula, nicht, omnia conjunctim, denn von diesem letztern Casu handelt auch nicht einmal der Pontifex, weniger wollen wir uns vorietzt darum bekümmern,) nicht gantz wohl verrichten können? Ja, geschehen diese eintzelne Actus nicht täglich, absque animo revocandi mandatum, ex solo animo assistendi?

§. 35.

Wolte man nun sagen, dieses alles könne wohl concediret werden, wenn der Mandans nur nicht ein Mißtrauen in den Procuratorem setzet, oder dieser sich wol selbst verdächtig gemachet hätte, so antwortete ich: 1) das folge nicht, indem kein Zweiffel sey, daß ein Mandans, wenn er den Mandatarium gleich verdächtig hielte, und dahero er selbst dem negotio mandato, ohne ausdrückliche, oder aus anderen Umständen præsumirliche Revocation, sich immiscirete, nicht nur könne, sondern auch, nach Bezeugung der täglichen

chen Erfahrung, würcklich pflege, mit beyzutreten seinem Negotio, absque animo revocandi mandatum. Daher invertire ich vielmehr dieses Argument, und mache vor meine Meynung diesen Schluß: Wenn der Mandans, negotio mandato se miscens, solches tacite revociret zu haben, nicht dafür gehalten wird, ob er gleich den Mandatarium verdächtig hält, so wird er vielweniger solches tacite revociret zu haben, præsumiret werden, wenn er seinen Mandatarium nicht im Verdacht hat. 2) Ist auch solche Ausflucht gar nicht ad mentem Bonifacii Papæ. Denn wenn er dieses intendiret hätte, wäre nicht nöthig gewesen, zu distinguiren inter mandatum datum simpliciter, & cum clausula, so offt der Mandans abwesend seyn möchte, auch nicht, in dem erstern Casu die oben erkläreten zwey Limitationes hinzu zu setzen, sondern er hätte den Unterscheid machen können, und sollen, ob der Mandans seine Sache selbst tractire, aus üblem Argwohn gegen seinen Mandatarium, oder ohne dergleichen Argwohn. 3) Obgleich nicht gäntzlich ausgemachet ist, daß sowol jure Civili, als de jure Canonico, ein Mandans, bey entstehendem Verdacht wider seinen Mandatarium, præsumiret werde, er immiscire sich seiner Sache animo assistendi, so scheinet doch solches, utroque hoc jure, nicht gantz und gar unwahrscheinlich zu seyn. Hieher gehöret de jure Civili der lex Paulus 69. de Procurat. Paulus respondit, etiam „eum, qui ad litem suscipiendam, procuratorem „dedit,

„dedit, causæ suæ adesse, non prohiberi. Welches Dyonisius Gottofredus hauptsächlich von dem Casu verstehet, da ein Procurator bey dem Principal in den Verdacht geräth, daß er vielleicht mit dem Adversario colludire. So spricht auch Ulpianus l. 17. pr. & l. 19. eod. es könne ein Beklagter, welcher einen Procuratorem constituiret, denselben, nach der Litis-Contestation, cum cognitione causæ removiren, wenn er suspectus ist, er saget aber nicht, daß solches zu geschehen alsdenn præsumiret werde, wenn er selbst seine Sache führe. Mit welchen denn auch, wo ich mich nicht gäntzlich irre, dasjenige vollkommen übereinstimmet, was die Jura Canonica de procuratoribus suspectis aufgesetzet hinterlassen haben. Denn man schlage entweder die Decretales Gregorii IX. auf, so wird zwar daselbst einer ausdrücklichen Revocation eines suspecti procuratoris gedacht, in Cap. ex parte Decani 33. de Rescriptis, nichts aber de tacita revocatione procuratoris ob suspicionem, gelesen; oder man sehe die übrigen constitutiones Bonifacii VIII. selbst an, kurtz vor gegenwärtigen unserem Capitulo, nemlich in cap. de procur. in 6. spricht eben dieser Bonifacius, daß ein Principal, ob er wol post litem contestatam nicht leicht seine Vollmacht widerruffen könne, dennoch keinesweges prohibiret werde, seiner Sache, mit eben diesem Procuratore, beyzuwohnen, absonderlich, wenn er ihm verdächtig schiene, und eine Collusion zu befürchten wäre. Welche Worte, da sie der Revocation contradistingui-

stinguiret werden, Zweiffels-ohne also zu verstehen, nicht, daß der Mandans dem Procuratori die Vollmacht benehme, sondern vielmehr demselben assistire. 4) In der Frage, so wir §. præced. proponiret haben: Ob nemlich ein Principal, welcher seine Sache selbst führet, bloß dadurch, daß er solche führet, ohne was anderes zu sagen, oder ohne irgend einen andern Umstand, dafür angesehen werden könne, daß er sein Mandatum habe revociren wollen? wird die Distinction, inter suspectum mandatarium, & non suspectum, zu derselben Decidirung nicht können gebrauchet werden, weiln solche Distinction zu einem andern, und neuen Umstande gehöret, den wir in der Frage selbst excludiret haben. Worzu kömmet, daß auch die Applicatio solcher Distinction, ohne eine neue circumstantia dicti vel facti alicujus, nicht geschehen könne, um dadurch zu erweisen, daß der Principal, entweder sine suspicione, oder ex suspicione wider den Procuratorem, sich selbst seinem negotio immisciret habe.

§. 36.

Es suppeditiren uns aber auch die Dissentientes selbst, (dergleichen dann alle diejenigen seynd, welche unser vorhabendes Capitulum ohne die geringste Anmerckung passiren lassen, oder nach selbigem in praxi sprechen, oder doch, darauf gesprochen zu werden, verlangen,) die Waffen vor unsere Meynung. Denn anfänglich gestehen einige, obwol nicht mit deutlichen Worten, doch, nach dem Innhalt ihrer Worte, daß, wenn ein

Princi-

Principal seinem eigenen Negotio sich immiscire, so werde, nicht zwar ex ejus voluntate tacita, das Mandatum revociret, es sey aber doch, eo etiam invito, autoritate Pontificis, pro revocato zu achten. Hieher gehören die Worte des Herrn Appellation-Raths Rivini §. 57. Quam PERICULOSUM sit, si principalis post constitutionem „procuratoris, sine protestatione: id fieri salvo „mandato, in judicium ipse veniat, vel saltem in „scriptis sollicitet ea, quæ pro statu processus sunt „expedienda, praxis quotidiana MULTORUM „DAMNO docet. Habetur siquidem mandatum, „juxta cap. 8. de procur. in 6. pro tacite revocato, „ac proinde mandatario, si ulterius in processu „pergere velit, obstat illegitimationis exceptio. Da siehet man, hätte dieser berühmte JCtus geglaubet, daß die dispositio papalis von der tacita revocatione mandati zu verstehen sey, würde er nicht gesaget haben, daß dieses *periculosum*, ingleichen *damnosum* denen Mandantibus wäre, die dergleichen etwas verrichteten. Denn wie könte eine solche Sache *periculi* aut *damni* plena genennet werden, wenn ein Mandans dadurch, daß er sich würcklich immisciret, seine Vollmacht hätte tacite widerruffen wollen. Und wenn er ja dieses hätte thun wollen, hätte er nachgehends sich selbst imputiren müssen, daß er dem vorigen Mandatario nicht eine neue Vollmacht gegeben, oder einen andern Procuratorn substituiret, oder er seine Sache selbst zu führen, nicht fortgefahren. Darinnen bestehet demnach revera das periculum

& da-

& damnum, daß die Vollmacht, nach seiner Meynung, von dem Pontifice pro tacite revocato gehalten werde, obgleich die Principalen selbst sich eine Revocation gar nicht haben träumen lassen.

§. 37.

Ich kan auch aus denen limitationibus Dissentientium, mit welchen sie die Lehre des Pontificis einschräncken, erweisen, daß solche Limitationes die gantze regulam papalem aufheben. Die Sache kurtz zu fassen: Ein Principal, der einen Procuratorem simpliciter constituiret, und nachgehends seine Sache selbst tractiret, thut solches entweder sine scriptis, oder in scriptis. Geschiehet es sine scriptis, so tractiret er seine Sache, entweder præsente Procuratore, oder ipso absente. Daß aber, in jedwedem dieser 3. Casuum, der Principal, die Vollmacht tacite revociret zu haben, nicht geglaubet werde, will ich, nach dererjenigen, welche die Päbstliche Constitution entweder gar zu hoch halten, oder wenigstens admittiren, selbst eigenen Meynung, also fort darthun. Bleibet demnach kein Casus übrig, darinnen selbige statt finden könne. Den ersten Casum, wenn der Principal sine scriptis, und præsente Procuratore, seine eigene Sache tractiret, nimmet Menochius von der dispositione Capituli, dict. præsumt. 39. lib. 2. n. 7. mit diesen Worten, aus:
„Quæ quidem præsumtio contrariis conjecturis eliditur &c. Idem, quando ipse Dominus comparuit una simul cum procuratore. Non enim tunc dicitur, eum revocare, sed ei ut tertius assistere.

„assistere. l. Paulus respondit ff. de procur. sic in „specie declarat Roman. in consil. 67. num. 2. „Den andern Casum, wenn der Procurator ab„sens ist, nimmet der Pontifex selbst aus, in denen oben §. 1. in fine angeführten Worten: „aut si sit procurator ipse infirmus, vel forsitan se „absentet. Und ist hier die Ratio gantz evident. Denn wenn der Procurator abwesend ist, würde der Principal Schaden leiden, wenn er nicht selbst agirete; Also wird alsdenn præsumiret, er sey vielmehr animo assistendi, quam revocandi, zu seiner Sache mit gekommen. Und gehören hier weiter her die bald darauf folgenden Worte unseres Capituli: „seu quicquid aliud accidat, „propter quod ipsi causæ suæ præsentia sit oppor„tuna. Den dritten Casum, wenn der Principal seine Sache in scriptis tractiret, nimmet der Herr Appellations-Rath Rivinus aus, §. 69. „Subsequenti tempore, spricht er: cum uno quasi „ore declamitarent gravati in abusivam d. cap. 8. „extensionem, Senatus Appellationum momenta „ipsorum satis prægnantia æstimabat, & in illis „casibus, ubi quid a Principalibus in scriptis saltem „petitum, tacitam mandati revocationem haud „præsumendam esse existimabat.

§. 38.

Anietzo wollen wir sehen, was zu Defendirung der, oben in §. 17. und 19. angeführten, Praxeos Capituli hujus fürgebracht werden könne. Vielleicht werden die Dissentientes vor dieselbe anführen, daß doch gleichwol das Jus Canonicum aus-

drücklich also disponire, dieses Jus aber sey ja in Deutschland, partim usu, partim Constitutionibus Imperii, in praxi recipiret. Und dieses mag wohl der Autor des, oben § 17. angezogenen, Responsi haben andeuten wollen, in denen Worten: „Dieweil aber dennoch in denen Rechten „ausdrücklich versehen 2c. Ich antworte zwiefach. Erstlich, obgleich das Jus Canonicum gantz und gar bey denen Protestanten recipiret worden, (wovon doch annoch gar viel zu untersuchen wäre, aber ietzo hujus loci nicht ist,) so wäre es doch nur in so weit recipiret, als darinnen Leges proprie sic dictæ enthalten. Decisiones quæstionum, ad intellectum pertinentium, aber sind nicht Leges. Denn Leges werden vor den Voluntatem, nicht vor den Intellectum, gegeben. Und wie? wenn der Pabst irgend in *einem* Capitulo definiret hätte, zweymal drey wären zehen, glaubte man wohl, daß die Collegia Juridica, insonderheit bey denen Protestanten, ihre Praxin mit dieser Ration defendiren könten: Dieweil aber dennoch in Rechten ausdrücklich versehen, daß zweymal dreye zehen machen 2c. Oder, ein ander Exempel anzuführen, welches in Jure Canonico in der That zu finden ist: Wie? wenn ein Ehemann eine Sponsam majorennem nicht heyrathen wolte, unter dem Vorwande, sie habe einen Knaben gebohren, den ein anderer gemachet hat, und der Braut Advocat negirete, daß sie eine Puerpera sey, mit Beruffung auf das cap. 3. de despons. impub. meynest du, daß der

Judex

Judex pro Sponsa pronunciiren würde, mit beygefügter Ratione decidendi, weil mit ausdrücklichen Worten in Jure Canonico verordnet sey, d. cap. Puerperas esse, quæ in annis puerilibus pariunt?

§. 39.

Vielleicht werden auch die Dissentientes sprechen, es sey zwar wahr, daß derer Päbste Decreta, in Dingen, so ad intellectum gehören, die Protestanten nicht verbinden, hier aber habe der Pontifex nicht sowol einen interpretem revocationis tacitæ mandati abgegeben, als vielmehr disponiret und anbefohlen, daß ein Principal, welcher schlechthin einen Procuratorem constituiret gehabt, und hernach seine Sache selbst tractiret, entweder ausdrücklich die clausulam de non revocando hinzu setzen, oder, da er dieses nicht thäte, zur Straffe dieser ausgelassenen Clausul, das mandatum pro tacite revocato von dem Judice geachtet werden müsse. So scheinet den Pontificem verstanden zu haben der Herr Rivinus, in oben §. 36. beschriebenem loco. Und könte diese ihre Antwort mit einem gleichmäßigen Exempel erläutert werden. Also ist bekannt, daß die gemeine Clausul derer Klag-Libelle: „desuper nobilissimum Judicis Officium implo-„rando, ob sie gleich von denen Pragmaticis, tanquam herba betonica, recommendiret werde, wenn man aber merum intellectum und rectam rationem ansehe, eine gantz unnütze und abundans cautela seye, (conf. Rec. Imp. Spirensem

1557. §. 33.) Und dennoch, wenn der Princeps solche, sub pœna alias inepti libelli, oder sub pœna pecuniaria, beyzufügen anbefähle, ist kein Zweifel, daß sodann sowol die Partheyen, als Advocaten und Richtere, durch solche Constitution verbunden würden. Allein, auch dieses Effugium wird denen Dissentientibus wenig nutzen. Denn, zu geschweigen, daß die jussa Pontificis in solchen Dingen die Protestantes weder obligiren, noch obligiren sollen, ist auch falsch, daß Bonifacius IIX. in unserem Capitulo einen Legislatorem, welcher eine Constitutionem pœnalem intendiret, abgegeben, sondern er hat nur einen blossen voluntatis humanæ interpretem & doctorem abgeben wollen, aus was für conjecturis, secundum regulas rectæ rationis, præsumiret werden solle, daß ein Mandatum a Mandante tacite revociret seye. Denn, wenn er eine Constitutionem pœnalem wider den Principal, welcher seine eigene Sache tractiret, im Fall er keine Protestation de non revocando hinzugesetzet, hätte geben wollen, würde er ja die Limitation: es wäre dann, daß aus anderen Conjecturis erschiene, wie die immixtio in processum nicht animo revocandi geschehen, nicht subjungiret haben. Die Sache ist so klar, daß nicht ein Wort hinzuzuthun, vonnöthen ist.

§. 40.

Es ist auch die praxis novior Collegiorum Juridicorum bey denen Protestanten mit uns einig. Hieher gehören die vom Hn. Appellations-Rath Rivino §. 59. & 60. angefügten Exempla.

„Inde

„Inde in causa Lic. Gottfried F. und Conf. con-
„tra D. Johann Friedrich H. ubi Principalis sub-
„scripserat epistolam, qua offerebat Judici arti-
„culos reprobatoriales, a Mandatario conceptos,
„hic vero in termino sine nova legitimatione pro-
„duxerat ad recognoscendum documenta, senten-
„tiam latam Term. æstivo 1697. interposita leu-
„teratione corrigebat Term. hyem. 1698. Nun-
„mehro ꝛc. Daß Bekl. an denen Documenten sich
„nicht versäumet, derowegen Kläger dieselben,
„nach anderweit vorgehender Ladung, sub pœna
„recogniti zu recognosciren schuldig. Nec atten-
„debat objectionem tacitæ revocationis in causa
„Joh. Christophs von P. contra die Gemeinde
„zu Erdmannshayn und Conf. cum principalis
„peteret dilationem termini, quo ipse in persona
„comparere posset, Term. hyem. 1700. Similiter
„cum appellans inhibitionem exhibuerat Judici,
„Term. æstivo 1701. in causa Jacob Wilhelm
„G. contra Marien F. und Conf. daß Appellat,
„nach anderweit vorgehender Ladung, des gesche-
„henen Vorwendens ungeachtet, auf die allbe-
„reit justificirte Appellation, wenn solche kürtz-
„lich wiederholet wird, sich einzulassen, und mit
„seiner Rechtlichen Nothdurfft zu verfahren
„schuldig, in Verbleibung dessen, wird darauf
„nicht unbillig erkannt. Ita cum in causa Jo-
„hannen Margarethen G. contra Paul L. und
„Conf. coram Prætorio Lipf. reus non esset pa-
„ratus interrogatoriis, sed peteret probationem
„per testes, quam exhibuerat constitutus actricis
„ejusque Curatoris, actor, pro deserta declarari,

„eo, quod principales antea manu sua subscripsis-
„sent preces supplices pro impetrando rescripto
„de transmittendis Actis ad Collegium JCtorum,
„in quo super illis nondum esset pronunciatum,
„respondit Facultas Juridica Wittebergensis M.
„Nov. 1698. Daß Beklagter an Ubergebung
„derer Fragestücken sich versäumet, derowegen
„mit Vereyd- und Abhörung derer angegebe-
„nen Zeugen über Klägers Beweis-Articul bil-
„lig zu verfahren, und Beklagter demselben die
„Unkosten dieses Termins, welche auf 3. Rthlr.
„gemäßiget werden, zu erstatten verbunden.
„Quæ sententia, datis a Prætorio Lipſ. apostolis
„refutatoriis, inter alia hujus tenoris: Wiewol
„dahin stehe, ob durch dergleichen Unterschrifft
„einer Supplic ein Actorium tacite revociret
„werde, so wiese doch die Supplic fol. 181. daß
„selbige nicht nur die Klägerin mit ihrem Cura-
„tore, sondern auch deren Actor, als Actor und
„Advocatus mit unterschrieben ꝛc. rejecta appel-
„latione a supr. Curia Provinc. d. 20. Febr. 1699.
„& causa ulterius devoluta a Potentissimo Ele-
„ctore d. 11. Maji ejusdem anni vires rei judi-
„catæ consecuta.

§. 41.

Ob nun aber wol der Herr Appellations-Rath Rivinus, in dem oben §. 37. am Ende beschriebenem loco, dafür hält, die Ratio dieser Meynungen habe darauf beruhet, daß unser Capitulum auf den Casum, wenn der Principal nur in scriptis seine eigene Sache tractiret, nicht

recht

recht extendiret worden, so scheinet doch dieses nicht die einige Ursache gewesen zu seyn. Es ist wahr, daß alle daselbst recensirten Exempla von Casibus handeln, darinnen die Principalen etwas in Schrifften vor sich selbst gebethen hatten. Es ist auch wahr, daß die Stadt-Gerichte zu Leipzig in ihrem nur erzehlten Berichte die Worte gebrauchet: „Wiewol dahin stehe, ob durch der„gleichen Unterschrifft einer Supplic ein Actorium „tacite revociret werde. Aber deßwegen ist nicht das argumentum a sensu contrario zu admittiren, ergo sey das pro revocatione tacita mandati zu halten, wenn der Mandans seine Sache selbst, mündlich, & sine scriptis, tractire, theils per dicta superius §. 37. theils, weiln keine ratio differentiæ wird können gegeben werden, warum ein anderes in tractatione causæ per scripturam, und ein anderes, wenn die Sache viva voce tractiret wird, obtiniren solle, theils aber auch, weil die vorhergehende Praxis contraria, welche wir oben §. 19. recensiret haben, nicht auf solche Weise distinguiret hatte, nach Innhalt dessen, was Herr Rivinus selbst in dem, §. 36. beschriebenen loco, solchen Exemplis præmittiret hatte; theils endlich, weiln solche Distinction gar nicht ad Capitulum nostrum quadriret, sondern ohne Zweiffel der Pontifex von der tractatione causæ, sive fiat in scriptis, sive viva voce, redet.

§. 42.

Also ist mir auch von dem sel. Herrn Geheimen Rath Thomasio referiret worden, daß in der

Juristen-Facultät zu Halle, zeithero, nach dem ductu rectæ rationis, wider die Doctrin des Bonifacii, gesprochen worden. Es will zwar der Hr. Appellations-Rath Rivinus, §. 57. das, pro sententia Pontificis, oben §. 17. beschriebene Responsum, der Juristen-Facultät zu Halle zueignen, als wäre selbiges von dieser, Mense Jan. 1702. gegeben worden. Allein auch hier hat hochgedachter Herr Thomasius hoch bezeuget, daß sothanes Responsum, welches nicht allein, auf dessen Befehl, der Actuarius Facultatis, sondern auch er selbst, in denen Actis der Facultät, mit grossem Fleiß, (auch Durchgehung anderer, sowol vorhergegangenen, als darauf erfolgten, Jahre und Monate,) vergeblich nachgesuchet, allda nicht vorhanden. Und es scheinet auch ermeldetes Responsum, wenn man es ein wenig genauer ansiehet, einem gantzen Collegio juridico nicht anständig zu seyn, da nicht allein der Concipient, in denen Rationibus decidendi, durch Referirung derer Worte unseres Capituli, und Auslassung derer von dem Pabste selbst hinzugesetzten Limitationum, nicht optimam fidem præstiret, sondern auch in folgenden Worten: **und in dieser Sache Kläger, seinem *Procuratori* nur zu *assistiren*, solches nicht gethan**, frigidissime etwas, als ein indubitatum, præsupponiret hat, worauf doch das momentum totius decisionis beruhete, und dessen Contrarium vielmehr die vorher in der specie facti gemeldeten Umstände angerathen hatten, per tradita supra §. 34. & 37.

§. 43.

§. 43.

Sonst sind die JCti in Holland von der Liebe derer jurium peregrinorum nicht so eingenommen, wie an anderen Orten. Vielmehr haben etliche derer Vornehmsten unter ihnen hoc intuitu zu narriren angefangen, ob sie gleich um deßwillen von denen übrigen mit scheelen Augen pflegen angesehen zu werden. Inzwischen, da sie gleichwol ihre Doctrinas ad ordinem Juris Justinianei zu proponiren pflegen, und die Doctrina Papalis, welche wir examiniret haben, der doctrinæ illius juris auch repugniret, mithin daselbst nicht vorkommet; So habe ich nichts bey ihnen, was zu unserem Zwecke dienete, antreffen können, ausser, bey dem Cypriano Regnero ab Oosterga, welcher auch *censuram Belgicam ad Jus Canonicum* geschrieben, da er denn ad Capitulum nostrum folgendes annotiret, p. 253. „Hodie neminem proprie in „propria causa procuratorem agere posse notavi, „contra cap. 8. supra ad tit. Inst. de iis, per quos „ag. poss. & ad h. t. ff. & C. Potest quidem „quilibet rei suæ assistere, vel suam causam tra„ctare, sed propterea non videtur mandatum pro„curatoris revocatum. Wenn man aber etwas genauer mentem Regneri consideriret, so scheinet er, in diesen letztern Worten, nicht sowol die Doctrinam Papæ impugniret, als nur negiret zu haben, daß selbige, anderer Ursachen wegen, in Holland in usu sey. Nemlich, weiln in Holland Procuratores ordinarii constituiret sind, ohne welche denen Partheyen, ihre Sache selbst zu führen,

ohne, nur jenen zu assistiren, nicht vergönnet ist, mithin die Partheyen auch selbige, wider ihren Willen, sine causæ cognitione, ausdrücklich nicht removiren können, so ist es dahero kein casus dabilis, daß die Partheyen dadurch, daß sie ihre Sache selbst tractiren, nach der Doctrin des Pontificis, dafür gehalten werden solten, als hätten sie ihre Procuratores tacite removiret. Und eben dasselbe wird auch von anderen Orten, wo Procuratores ordinarii gleichfalls bestellet sind, zu statuiren seyn.

Addenda.

Nachdem diese Arbeit fertig, habe ich gefunden, daß der berühmte Bergerus in Elect. Discept. forensium secundum seriem Ordinat. Proc. *Iud.* Elect. Saxon. ad Tit. 7. observ. 4. diese Quæstion schon vor mir tractiret, und daselbst ein vieles, so, zu Illustrirung meiner Meynung, hätte allegiret werden können, wenn ich schon damaln hievon Nachricht gehabt, angeführet. Hieher gehöret insonderheit, was er pag. 242. schreibet: „Textus (c. 8. de procur. in 6.) antehac vulgo „ignoratus, sed ante perpaucos annos in Judiciis „Provocationum Elect. Saxon. resuscitatus, varias „excitavit turbas. Und p. 249 Nota 3. Consilii „esse, ut ea Juris Canonici doctrina, d. c. 8. con„tenta, publica lege e medio tollatur, præsertim, „cum in sola præsumtione juris innitatur, ita qui„dem, ut quandocunque principalis ipse aliquid in „judicio expediat, propterea Mandatum statim pro

„tacite

„tacite revocato non debeat haberi, neque etiam „ea, quæ deinceps a Procuratore acta sunt, a „principali, hoc prætextu, queant impugnari. „Quod quidem deinceps quoque ordinationi re-„cognitæ inseri placuit. Die Worte, welche zu unserm Zwecke dienen, werden p. 252. referiret: „Nachdem aber gleichwol angeführte Doctrin, „und deren Extension, lediglich in præsumtione „juris positivi bestehet, dabeneben also beschaffen, „daß sie von einem jeden leichtlich nicht begriffen „werden mag, so seynd wir, zu Verhütung aller-„hand Disputats, und damit die Advocaten, nicht „ohne besondere Empfindlichkeit ihrer Clienten, „dißfalls ferner nicht verfehlen, und die Fatalia „verabsäumen mögen, eine mehrere Gewißheit „zu setzen, bewogen worden, befehlende, daß al-„lein dahero, wenn, auch ausser denen in Cap. 8. „erzehlten Fällen, ein Part einen Gerichtlichen „Actum, entweder schrifftlich, oder mündlich, ex-„pediret, das Mandat alsofort pro tacite revocato „nicht geachtet werden, demnach ein Mandatarius „Krafft der vorhero erhaltenen Vollmacht, den „Procesſ fortzusetzen, wohl befugt, dagegen auch „der Principal die von jenem, dem Gevollmäch-„tigten, nachhero unternommene Gerichts-Hän-„dele zu fechten, also der Revocation, so, Inhalts „des mehr angezogenen Capituli, vermuthet wird, „zu gebrauchen nicht berechtiget seyn solle. Wor-„nach wir künfftig das Erkänntniß eingerichtet „wissen, und in so weit denen Canonischen Rech-„ten, hiermit derogiret haben wollen. Wobey

wir

wir weiter nichts hinzufügen, als, daß wir dafür halten, es bedürffe einer solchen ausdrücklichen Abrogation per autoritatem Principis nicht, sondern ein jedwedes Collegium juridicum könne autoritate propria von der Praxi dieses Capituli abgehen, indem ja auch dergleichen Praxis nicht per Leges, sondern per erroneam opinionem introduciret und recipiret worden.

Letzlich, so ist auch über dieses alles nunmehro in der neuen Proceß-Ordnung ad Tit. VII. §. 4. his verbis: **wenn auch gleich der *Principal de facto* das *Mandat revoci*ren, oder der *Mandatarius* die Vollmacht aufgeben solte, solches nicht zu *attendi*ren, und dem letztern, wie vorhin, die *Citation insinui*ret, auch darauf, er erscheine gleich oder nicht, wider den *Principal* erkannt** ꝛc. ingleichen im §. 5. ausdrücklich in nachfolgenden Worten versehen, daß das C. 8. de procurat. in 6. nicht zu attendiren: **wenn auch gleich nach ausgestellter Vollmacht, oder gegebener *Substitution*, der *Principal* oder *Mandatarius*, so die *Substitution* ausgestellet, ein oder das andere mal selbst erscheinet, oder schrifftlich etwas *ad Acta* übergiebt, soll doch hierdurch die Vollmacht, oder *Substitution*, ohne daß er deßwegen einer *Protestation* gebrauche, keinesweges vor erloschen geachtet werden, immassen wir zu Vermeidung aller unnöthigen Streitigkeit, die daher entstanden, ausdrückl. verordnen, daß das *C. 8. de Proc. in 6.* welches hier wieder angezogen zu werden pfleget, in unsern Landen nicht *attendi*ret werden solle.**

CLVIII.

CLVIII.

Besonderer Casus, einen trassirten Wechsel-Brieff betreffend.

Unsere freundliche Dienste zuvor.

Gestrenger und Vester, günstiger guter Freund.

Als derselbe uns Acta ihn Caspar von B. betreffende, zugeschickt, und unsere Rechts-Belehrung darüber gebethen, demnach erachten wir nach fleißiger Verlesung und Erwegung, darauf in Rechten gegründet und zu erkennen seyn:

Hat derselbe den -- Jan. 1711. zu Mons in Brabant, einen Wechsel-Brieff von 1000. fl. Holländisch Courrent, an den Obrist-Lieutenant J. in der Leipziger Michael-Messe besagten Jahres, auf Christian W. einen Kauffmann in Leipzig gezogen, bald aber darauf an ihn W. daß er solchen weder acceptiren noch bezahlen solte, geschrieben; Nachdem er nun bey der Præsentation des Wechsel-Brieffes die Acceptation und Zahlung verweigert, und ihn mit protest zurück gehen lassen, ist darauf an demselben weiter nichts gesuchet worden. Als aber vor einem Jahre gedachter Obrister Lieut. gestorben, so haben die B. aus Leipzig vor einigen Wochen mit besagten Wechsel-Brieffe, darauf viele Indossamente gestanden, und dem proteste sich bey ihm gemeldet, und daraus die Bezahlung gefodert, dahero derselbe, ob

er

er berührten Wechſel-Brieff zu bezahlen ſchuldig des Rechten belehret zu ſeyn, verlanget;

Ob nun wol derſelbe nicht in Abrede ſeyn kan, daß er mit dem Obriſt-Lieut. einen Wechſel geſchloſſen, und darauf 1000. fl. Holl. courr. auf Chriſtian W. ſolche an ihn auf Ordre zu bezahlen traſſiret, das Wechſel-Negotium auch ein verus contractus iſt,

Contractus enim cambialis eſt non ſolum conventio, cum cauſa habens negotium, quod civilem actionem gignit, l. 7. §. 2. & ff. de pact. l. 15. in fin. de præſcript. verb. l. 17. §. 3. ff. commod. l. 33. ff. de cond. indeb. Sed etiam vero, non autem præſumto ſaltem aut ficto conſenſu conſtat. l. 1. § 3. ff. de pact.

welches ſowol als ein anderer Contract die Partheyen zu deſſen Erfüllung verbindet,

Siquidem omnium contractuum is eſt effectus, ut obligationem ſua natura ad agendum efficacem producat, d. l. 7. §. 1. & 2. ff. de pact. l. 1. §. 6. ff. depoſ. l. 10. C. de pact. convent. l. 1. C. commod. l. 23. ff. de R. J. c. 88. eod. in 6to.

Hiernächſt in dem Wechſel-Brieffe, daß er die Valutam von gemeldtem Obriſt-Lieut. bekommen hätte, bekannt, und ihm den Wechſel-Brieff auf andere zu transportiren, nachgelaſſen, überdiß auch ſolcher noch nicht verjähret, dieſemnach, daß er angeregten Wechſel-Brieff an deſſen Inhaber zu bezahlen ſchuldig wäre, ſcheinen möchte;

Dennoch aber und dieweil derſelbe die dem

Traſſaten Chriſtian W. in dem Wechſel-Brieff gegebene Ordre widerruffen, und ihm, daß er den auf ihn gezogenen Wechſel-Brieff weder acceptiren noch bezahlen ſolte, ausdrücklich gemeldet, welches er, indem es annoch zu rechter Zeit, vor der Acceptation geſchehen, thun können,

cum inter traſſantem & traſſatum, de acceptandis literis cambialibus verſetur mandatum, Raph. de Turri in Tr. de camb. diſp. 3. qu. 6. n. 15. S. Stryck. de Act. Forenſ. inveſt. Sect. 1. membr. 7. §. 20. quod re adhuc integra quovis tempore revocari poteſt, § 9. J. de mand. l. 17. ff. eod. l. 6. ff. de jurisd. l. 16. ff. de procur. etiam in Cambiis. Franc. Stypm. de jur. marit. p. I. c. 8. n. 95. ſeqq. Sigismund. Svaccia, de Commerc. & camb. §. 6. Gloſſ. 1. n. 70. Joh. Marquard. de jur. merc. l. 3. c. 11. n. 51. Anſald. de Anſald. in tr. de Comm. Diſc. 2. n. 14.

W. auch ſich darnach geachtet, und den Wechſel-Brieff mit proteſt zurück gehen laſſen; Nächſt dem derſelbe angeführet, daß, ungeachtet in dem Wechſel-Brieffe, ob hätte er die Valutam von dem Obriſt-Lieut. dafür erhalten, geſetzet worden, er ſolche nicht bekommen, vielmehr da ſie nicht erfolget, und J. auf Seiten ſeiner dem Wechſel-Contract kein Genüge geleiſtet, er alſobald pœnitiret, und davon wieder abgeſtanden,

Cambium enim in ſe ſpectatum eſt contractus innominatus, Struv. in S. J. C. Exerc. 25. th. 39. Joh. Marqvard. d. l. L. 2. c. 12. n. 1. In quo altero ex contrahentibus contractum non ad-

implente

implente, alteri a contractu recedere licet, arg. l. 5. §. 1. ff. de præscript. verbis. l. 29. C. de pact. l. 3. §. 1. & l. 5. ff. de condiction. caus. dat. cum in contractibus innominatis ante implementum alterius revocabilis oriatur obligatio, l. 1. §. 2. ff. de rerum permut. l. 3. C. eod.

Dahero ihm bey solchen Umständen weder sein Geständniß der Valutæ halber, noch daß der Wechsel-Brieff auf andere indossiret, auch noch nicht verjähret sey, zum Nachtheil gereichen mag; So ist derselbe gestalten Sachen nach, den an den Obrist-Lieut. J. ausgestellten und hernach an unterschiedene Personen weiter indossirten Wechsel-Brieff zu bezahlen nicht schuldig, es bleibt ihm auch bey Ihro Königl. Majestät in Polen und Churfürstl. Durchl. zu Sachsen rc. dießfalls seine Nothdurfft vorzustellen unbenommen, von Rechts wegen. Urkundlich mit unserm Insiegel versiegelt. M. Mart. 1716.

Ordinarius, Senior und andere Doctores der Juristen-Facultät in der Universität Leipzig.

Fast gleicher Casus ist in nachfolgendem Responso gründlich decidiret worden.

P. P.

Es hat Saul Samuel an den Herrn B. 2. Wechsel-Brieffe, einen von 600. Thlrn. und den andern von 830. Thlrn. so Herr Dr. St. von M. an ihn ausgestellet, indossiret, da nun Dr. St. nicht bezahlet, will B. den Saul

Samuel

Samuel als Indossanten verklagen, und gedencket zum wenigsten beym hiesigen Handels-Gericht denselben zur Deposition des Geldes zu bringen; Ob nun wol in gegenwärtigen Fall der Wechsel und des Saul Samuel darbey befindliche Hinc anzutreffen, solchergestalt, daß er secundum cap. 13. der Handels-Gerichts-Ordnung gar wohl zur Zahlung, oder doch Deposition anzuhalten sey, es das Ansehen gewinnet; Dieweil aber dennoch die Zahlungs-Zeit derer 830. Rthlr. schon Neu-Jahr Messe 1716. und derer 600. Rthlr. vergangene Oster-Messe gewesen, hingegen B. die Wechsel nicht protestiren lassen, weniger secundum §. 7. wären aber rc. ingleichen §. 15. vers. wenn nun denn §. 27. vers. im Gegentheil der Wechsel-Ord. dem Saul Samuel den Protest notificiret, sondern so lange Zeit stille geschwiegen, und auf solche Maasse formam præscriptam nicht observiret, sondern sich des Regresses verlustig gemachet, zumaln sich Saul Samuel und B. iederzeit in Halle befunden; Als ergehet an meine Hochgeehrte Herren mein gehorsames Bitten, Dero Rechts-Spruch über folgende Frage:

Ob Saul Samuel in hiesigen Handels-Gerichte zur Zahlung, oder Deposition derer Wechsel anzuhalten sey?

Hochgeneigt zu ertheilen ich verbleibe

Meiner Hochgeehrten Herren,

Leipzig, den 3. Jan. 1717.

Dienstwilligster

N. N.

Unsere freundliche Dienste zuvor.
Ehrenvester, Wohlgelahrter günstiger guter Freund,

Auf eure an uns gethane Frage, sprechen wir Churfürstl. Sächsische Schöppen zu Leipzig vor Recht:

Hat Saul Samuel 2. Wechsel-Brieffe, einen von 600. Rthlr. zur Oster-Messe 1716. und den andern von 830. Rthlr. Neu-Jahrs-Messe jetztgedachten Jahres verfallen, welche ihm Dr. St. ausgestellet gehabt, an B. indossiret, da nun der Ausgeber solche nicht bezahlet, dem Innhaber B. aber die indossirten Wechsel-Brieffe bey der Verfallzeit nicht protestiren, weniger daß die Zahlung zurück blieben, dem Indossanten notificiren lassen, so will, ob er seinen Regreß an den Indossanten nehmen, und deßhalben bey dem Handels-Gericht allhier zu Leipzig Klage erheben könne. Zweiffel vorfallen. Ob nun was in §. 7. 15. und 27. der hiesigen Wechsel-Ordnung von der Protestation in Fortschickung des Protests enthalten, eigentlich nur von trassirten Wechsel-Brieffen handelt, und dergestalt daraus, daß bey denen eigenen Wechsel-Brieffen dergleichen Forma zu beobachten, nicht zu inferiren, allermassen daß dasjenige, was in §.27. vers. Weñ nun rc. von dem Indossirer, daß der Innhaber wider denselben sein Recht verliere, disponiret ist, ebenfalls auf trassirte Wechsel-Brieffe das Ansehen habe, aus dem gantzen Context zur Genüge zu erkennen, wie denn besage des 4. §. ein eigener Wechsel-Brieff sey noch in der ersten Hand, oder an andere transportiret, keiner son-

sonderlichen Præsentation und Acceptation, folglich auch keines Protests bedarff, sondern der Schuldner denselben iedesmal zur Verfallzeit zu zahlen verbunden ist.

Dieweil aber dennoch, was hievon in ietzt angezogenen Orte verordnet zu befinden, nur die Obligation, so zwischen dem Ausgeber und den in dem Wechsel-Brieffe benannten Gläubiger entstehet, angehet, dagegen, wann ein eigener Wechsel-Brieff durch Transportirung oder eine andere Cession in die dritte und mehr Hände kömmet, alles dasjenige, was bey trassirten Wechseln der Præsentation und Acceptation halber versehen ist, soviel das Indossament betreffend, observiret werden soll, woraus, daß der Innhaber zu behöriger Zeit auch protestiren, und mit Fortschickung des Protests, wie in trassirten Wechseln üblichen, verfahren müsse, zu inferiren, nachdem einmal in der Præsentation und Acceptation die eigenen Wechsel-Brieffe denenselben gleich gemachet worden, das Indossament auch eben sowol als die Tratta ein Mandatum und zwar entweder in rem mandatarii oder in rem mandantis ist, daß dahero itenditas rationis vorhanden, indem dem Indossanten sowol als dem Trassanten wegen des Regresses, sofern derselbe statt haben kan, daran gelegen, daß er bey zeiten wegen nicht erfolgter Zahlung Nachricht erhalte, nach mehrerm Inhalt eurer Frage: So ist P. seinen Regress an Saul Samueln dießfalls zu nehmen nicht berechtiget, V. R. W. Zu Urkund mit unserm Insiegel versiegelt.

Churfürstl. Sächs. Schöppen zu Leipzig.

CLIIX.

Bedencken von Verhandlung verpfändeter Güther unmündiger Kinder.

§. 1.

Es hat einer ein Amt nebenst allen Pertinentien seinem Vetter um eine gewisse Summa Geldes zukommen lassen, und das Jahr hernach die gantze Nutzung solches Amts einem andern alleine cediret und übergeben, der es auch biß er verstorben, genutzet und gebrauchet; nach welches Tode es auf seinen Sohn als ietzigen Kläger allein gekommen, indem aber gemeldter Kläger noch gantz jung und unmündig, selbigem auch von seinem Vater keine Vormünde im Testamente verordnet gewesen, in welchem Falle, vermöge des zwischen ihrer Familie aufgerichteten Erb-Vertrages; die nächsten Anverwandten verpflichtet seyn, ihren unmündigen Vettern und deroselben Lehn-Leuten und Unterthanen Vormünder zu verordnen, als haben solchem Erb-Vertrage zu Folge, die nächsten Vettern Vormünder verordnet, hergegen haben die Vettern alle Händel und Sachen, des Unmündigen Verlassenschafft anbelangende, als wegen Einnahme und Ausgabe und dergleichen, sich selbsten mit einander unterredet und berathschlaget, sonderlich aber in die verlassenen Aemter Diener und Befehlichshaber eingesetzet, die Vormünde haben hingegen anders nichts gethan, als was ihnen von denen Ober-Vormündern auferleget und befohlen worden. Als nun der

der eine Ober-Vormund vermeynet seinem jungen unmündigen Vettern, wie auch dessen Güthern Nutz zu schaffen, haben sie untereinander nebenst denen verordneten Mit-Vormündern gemeldtes Amt zweyen von Adel um eine gewisse Summa Geldes übergeben und eingeräumet, welche Verschreibung die Vormünder neben denen Ober-Vormünden gesiegelt und unterschrieben, zu dem Ende auch die Unterthanen an den ietzigen Inhaber des Amts verwiesen, und selbige ihrer Pflicht erlassen; Solches Contracts halber hat Kläger wider obgedachten seinen gewesenen Mit-Vormund sel. Rechtliche Klage und Proceß angestellet, in welchem so weit verfahren worden, daß nach tödtlichen Abgange des Beklagten, als seine Erben litem negative contestiret, dem Kläger den Grund seiner Klage wie recht zu beweisen auferleget. Hergegen denen beklagten Erben ihre Gegenbeweisung darwider vorbehalten worden, deren sie sich auch beyderseits unterfangen.

§. 2.

Und ist der Grund der Klage dieser, daß nemlich der Beklagten Vater sel. als gewesener Vormund, die libellirten Aemter in Klägers unmündigen Jahren zu grossen Schaden, und Rechtlicher Verordnung zuwider, alieniret haben soll, es besagen auch die übergebenen Beweis-Articul nebenst denen copialiter darzu gebrachten briefflichen Urkunden und Documenten, welchergestalt Kläger den Grund seiner Klage zu erweisen verhoffet, hergegen vermeynen Beklagte unter andern vornemlich mit folgenden exceptionibus per-

emptoriis sich zu schützen und von der angestellten Klage zu entbinden.

§. 3.

Erstlich, daß die libellirten Aemter Klägern nicht, wie libelliret worden, eigenthümlich zugestanden, sondern dessen Vater solche nur Pfandweise inne gehabt, und anders nicht auf seinen hinterlassenen Sohn gebracht habe, oder bringen können. Zum andern, daß die libellirten Aemter Klägers Vater nicht erb- und eigenthümlich verkaufft, sondern nur verpfändet gewesen, und also Kläger solcher, wie gleichergestalt libelliret, nicht gantz und gar entsagt worden sey. Zum dritten, daß auch des Beklagten Vater und seine Mit-Vormündere die libellirten Aemter nicht verpfändet, sondern des Klägers nächste Vettern und Ober-Vormünde solches gethan, hergegen aber die Mit-Vormünde nur ihren Consens dazu gegeben haben. Zum vierdten, daß Kläger zur Zeit der geschehenen Verpfändung über 16. Jahr seines Alters kommen, und also vermög des unter ihrer Familiæ verhandenen Erb-Vergleichs mündig gewesen, sich auch selbst dafür gehalten. Zum fünfften, daß Kläger ein gantz Jahr hernach, als die libellirten Aemter verpfändet worden, sich mit oberwehnten seinen Vetter wegen einer Erbtheilung verglichen, welche Kläger beliebet, gesiegelt und unterschrieben, und weiln in solcher Erbtheilung unter andern auch die libellirten Aemter ihm zukommen, hergegen aber, indem

sie

sie versetzt gewesen, ihme nicht haben eingeräumet werden können, als hat Kläger an statt der jährlichen Nutzung, so er aus denselbigen Aemtern haben sollen, immassen sich dann Kläger deßhalben laut einer darüber aufgerichteten Verschreibung hat versichern lassen, welche in demselben Jahre und auf demselben Tag da die Erbtheilung ausgestellet, auch ausgefertiget worden; Wie dann gleichergestalt Kläger in dem nächst folgenden Jahre die gefälligen Zinse auf die in der Verschreibung benannte Termine aus gemeinen Intraden empfangen, und darüber gebührend quittiret hat. Opponiren derowegen des Beklagten Erben exceptionem transactionis, weil Kläger im 18. Jahre seines Alters die Verpfändung der libellirten Aemter ratificiret hat. Zum Sechsten, daß er nicht alleine vermöge erwehnten Erb-Vertrages, sondern auch der Land-üblichen Sächsischen, ja endlich auch der gemeinen beschriebenen Kayserl. Rechte, mündig gewesen, hergegen er beschehenen Verpfändung der libellirten Aemter in gesatzter Frist des Rechtens niemals gebürlich widersprochen, sondern auch mit der That beliebet habe. Zum siebenden, daß in omnem eventum, beklagte Erben wegen ihres in GOtt ruhenden sel. Vaters, ob er gleich des Klägers Vormund gewesen seyn möge, dennoch wegen dessen, was er in währender Vormundschafft gethan und gehandelt, sonderlich aber, daß er wegen des Contracts, so mit dem ietzigen Inhaber des Amts geschlossen worden, seinen Consens gegeben, weiter mit Be-

stande nicht belanget werden könne, quam quatenus defunctus pater ipsorum fuerit in dolo vel lata culpa, deren keines aber wider ihn ausgeführet werden können.

§. 4.

Wie nun, und womit sie diese ihre peremptorische Exceptiones, und was sie darnebenst sonst mehr zu ihrem Schutze vorwenden, zu erweisen, und also in eventum Klägers Beweisung zu elidiren vermeynen, solches ist gleichergestalt aus ihrem Gegen-Beweise, und beneben demselben copialiter beygebrachten Documenten zu ersehen, und wird demnach hierauf gefraget, wenn die von beyden Theilen producirte Copeyen, mit den Originalien gebührlich bestärcket, oder sonsten die beyderseits eingebrachte Articul, wie recht, genugsam erwiesen werden, was in Rechten darauf zu erkennen? Solche Frage nun zu entscheiden, ist vor allen Dingen darauf zu sehen, wann Kläger seine eingebrachten Articul durch Zeugen beweisen würde, ob er dadurch demjenigen, darinne ihm der Grund der Klage, wie Recht, zu erweisen, auferleget worden, ein Genüge gethan habe oder nicht? Denn, wo dieses nicht geschehen, so hat es keinen Zweiffel, daß Beklagte von angestellter Klage zu entbinden, wann sie gleich gar nichts erwiesen, ja, wenn sie auch gleich gantz und gar keiner Gegen-Beweisung sich angemasset hätten, juxta vulgatissimam juris regulam, quæ vult, actore non probante, reum absolvendum esse, etiamsi nihil præstiterit.

l. qui

l. qui accusare & l. fin. ubi Dd. præsertim Alex. C. de edend. vid. Mascard. de probat. fol. 1. quæst. ult.

Nun bestehet, wie vorgemeldet, der Grund der Klage auf diesen dreyen Puncten, daß vors erste, neben denen Ober-Vormündern, andere Mit-Vormünde darbey gewesen seyn sollen, zum andern, daß die libellirten Aemter von des Klägers Vater jure successionis eigenthümlich an andere gekommen, und zum dritten, daß der Beklagten Vater sel. neben gemeldten seinen Mit-Vormündern, seinen Consens und Bewilligung darzu gegeben, daß in Klägers unmündigen Jahren die libellirten Aemter Rechtlicher Verordnung zuwider, ohne einige dringende Ursachen, alieniret, und er also derselben zu seinen mercklichen Schaden gäntzlich entsetzet worden sey, daß nun Kläger, wenn gleich die bey dem geführten Beweise producirten Copien bestärcket werden, dennoch damit den Grund der angestellten Klage zu Recht nicht genugsam erweisen möge, daran ist allhier nicht zu zweiffeln.

§. 6.

Denn obgleich aus denen producirten Documenten so viel zu befinden, daß der Beklagten Vater, als ein Vormund, neben andern sich bißweilen gebrauchen lassen, und also etsi fere tutor non fuerit, pro tutore tamen una cum aliis gesserit, sonderlich aber, daß er seinen Consens zu der Handlung, so von denen Ober-Vormündern geschlossen worden, gegeben, auch die darüber aufgerichtete Verschreibung neben andern gesiegelt

und unterschrieben, so kan dennoch darauf alleine die gebethene Condemnatio nicht erfolgen, sondern es müssen darneben auch die andern zwey Puncte oder Gründe der Klage, wie sichs gebühret, gnugsam erwiesen werden, daß nemlich, wie erwehnet worden, die libellirten Aemter Klägern eigenthümlich zuständig gewesen, hergegen aber zu Nachtheil und Rechtlicher Verordnung zuwider, alieniret wären, denn die Rechts-Lehrer sagen einhellig, quod qualitas, in qua quis se fundat, necessario probanda sit illi, qui agit, alias succumbat,

Bart. in l. prætor ait ff. de vi bonor. raptor. & in L. 2. §. ait prætor ff. ne quid in loco publ.

Nun kan aber in gegenwärtigen Fall die Qualitas, daß die libellirte Aemter dem Kläger eigenthümlich zuständig gewesen seyn sollen, oder, daß er solcher gantz und gar entsetzet worden wäre, mit denen producirten Documenten, wenn sie gleich mit denen Originalien bestärcket würden, nicht erwiesen werden.

§. 6.

Und obgleich der Buchstabe der Klage nicht meldet, daß Klägern die libellirten Güther eigenthümlich zuständig gewesen seyn, und es deswegen dafür angesehen werden möchte, als ob er solches zu beweisen nicht schuldig, so ist dennoch aus dem Beweisthum klärlich zu befinden, daß solches Klägers eigentliche Meynung sey, indem derselbe dieses klaren Inhalts, daß denen Vormündern von Amts wegen gebühret, ihr Mündlein bey ihren angeerbten Güthern und Verlassenschafften, absonderlich aber bey solchen unbeweglichen Güthern

thern zu erhalten, und ohne sonderliche dringende Schulden-Last und Noth, der Mündlein unbewegliche Güther nicht zu veräussern, weßwegen sich Kläger auf die regulam Juris fundiret, quæ vult, res minorum immobiles sine urgenti ære alieno & sine decreto judicis alienari non debere.

tot. tit. ff. de reb. eorumque sub tutel. vel cur. sunt sine decret. non alienand. vid. Carpzov. p. 2. Const. 11. def. 28. n. 1. Richter. part. I. Decis. 13. n. 11.

Daß aber deren keines durch die producirte Documenta erwiesen werden könne, solches ist klärlich genung zu finden: denn so viel vor das erste die Verschreibung anbelanget, obwol der Buchstabe derselben von einen rechten beständigen Wiederkauffe lautet, und es dahero primo intuitu, das Ansehen haben möchte, als ob das Amt cum pertinentiis des Klägers Vater Erb- und eigenthümlich verkauffet, und also der Eigenthum desselben auf Klägern Kauff-weise iedoch wiederkäufflich solches gebracht habe, dieweil die Rechts-Lehrer sagen: contractum talem in dubio celebratum intelligi, qualis ab ipsis expresse fuerit nominatus.

Tiraquel. de utroque retract. part. 1. §. 1. gl. 14. n. 87 & §. 30. gl. 1. n. 7. & seqq. Et iterum §. 32. gl. 1. n. 34. cum seq.

Et nemo præsumitur verbis exprimere, quod mente non cogitarit.

l. Labeo ibi: non arbitror, quenquam ff. de supell. Legat.

So ist doch das Gegen-Spiel unzweifflich wahr,

und

und daß der zwischen Klägern und seinen Vetter geschlossene Contract eigentlich kein Kauff, sondern vielmehr eine Verpfändung des libellirten Amts gewesen, auf welche der Contrahenten Meynung und Intention nach, in definienda hac controversia billig mehr als auf die verba ipsa zu sehen ist, cum alias quoque in dijudicanda specie contractus magis ad effectum ejus, quam ad verba respiciendum sit.

per texti l. in insulum ff. de præscript. verb.

Und mag die ex Andr. Tiraquello angezogene Theoria anhero um soviel weniger gezogen werden, dieweil man allhier nicht in dubio versiret, sondern aus denen Clausuln, so gemeldter Verschreibung einverleibet, und anderen Umständen, der Contrahenten Meynung und Intention gewiß ist, daß nemlich solche, wie erwehnet worden, nicht dahin gerichtet gewesen, daß der vorige Inhaber das Amt Erb- und eigenthümlichen Klägers Vetter zuwenden wolte, sondern, daß er es gegen die ausgezahlte oder auf sich genommene Haupt-Summa, als ein Unterpfand biß zur Wieder-Einlösung inne haben, nutzen und gebrauchen solte, quod genus contractus antichresin appellant.

l. 1. §. 3. de pignor. si ea lege & l. si ea pactione C. de usur. vid. Molin. in Tractat. de usur. qu. 53. & seq. §. 7.

Denn, daß erstlich das pactum de retrovendendo, an ihm selbst eine præsumtionem & conjecturam giebet, quod non venditio contracta sit, sed pignus, schleust Papinianus.

in l. creditur §. fin. qui incipit post divisionem ff. qui

ff. qui potior. in pignor. hab. & Bart. sequitur Bald. in l. creditoris ad fin. C. de pignor.

Sonderlich aber ist solche Præsumtio daraus zu nehmen, daß nach Innhalt der Verschreibung, die Contrahenten die Wieder-Einlösung eher nicht gestatten wollen, als nach Verfliessung gantzer 11. Jahr, von Zeit des geschlossenen Contracts, und es also nicht zu Klägers Willen und Gefallen gestanden, das Amt wiederum einzulösen, und an sich zu kauffen, wann und zu welcher Zeit er wolte, welches nothwendig geschehen muß, wenn es ein rechter wahrer Wieder-Kauff, und kein Contractus pignoratitius seyn soll; wie solches Cœpolla bewähret.

in Tractat. de simulat. Contract. num. 49. & seq.

Da er unter andern Præsumtionibus (daraus zu schliessen, daß in der Wahrheit nicht ein rechter Wieder-Kauff geschlossen, ob er wohl also genennet worden, sondern vielmehr ein Contractus pignoratitius: diese also die zehnde und vornehmste Præsumtion setzet, wenn dergleichen Clausul in der vermeynten Kauff-Verschreibung zu befinden, wie in dieser stehet, nemlichen, wann wir, unsere Erben und Erbnehmen nach Ausgang 11. Jahr, dem nächsten nach dato dieses Brieffs, und ehe nicht, den Wieder-Kauff an obgemeldtem Amt wiederum an uns lösen wollen, hinc enim, inquit Cœpolla, potissima præsumtio simulationis contra emtorem oritur, quando resolutio contractus ab initio non pendet a libera facultate primi venditoris, sed solum post certum tempus redimere illi permittit, & potius præsumitur pignorare voluisse,

primus

primus venditor, quam vendere addens hoc probari.

per text. cap. ad nostram ibi promisit, ut quandocunque a septennio usque ad novennium daret X. de emtion. & vendit. & per text. in cap. illa vos, ibi etsi a tempore contractus usque ad duos annos X. de pignorib.

Et ita dicit Cœpolla consultum se vidisse per multos sacrorum canonum interpretes. Gleichergestalt und zum andern, ist auch hieraus mehr eine conjectura contractui pignoris quam factæ venditionis zu nehmen, daß in der Verschreibung gemeiniglich das Wort Wieder-Lösung, welches einem Pfande ähnlicher ist als einem Kauffe, gebraucht wird, ingleichen auch, daß die Verschreibung saget, wenn Kläger die Haupt-Summa seinem Vetter niederlegen und bezahlen wird, alsdenn und ehe nicht, sollen seine Vettern ihm und seinen Erben, das Amt mit seinen Zubehörungen wieder abtreten, hoc enim pactum de restituendo rem & pretium, saget Cœpolla:

loc. citat. num. 58.

magis appropinquat simulationi, quam pactum de retrovendendo, probans id inter alia

per Gloss. in l. si quid sub conditione, cum ibi, notat. ff. de condit. institut.

Vors dritte, erscheinet gedachte der Contrahenten Intention auch klärlich aus dem, daß des Klägers Vettern und der Vormunde Verschreibung, so wegen der libellirten Aemter ausgestellet worden, mit ausdrücklichen Worten besaget, daß er die libellirten Aemter cum pertinentiis also einräume,

räume, wie er solche selbst inne gehabt, und gebrauchet habe. Ob nun wol auch Verkäuffere in solcher Verschreibung Käuffer nennet, so ist doch kein Zweiffel, daß der gantze Contract anders nicht, als eine Verpfändung der Aemter gewesen ist; deñ es ist gewiß, daß nicht allein die Vormünder in ihrer Vollmacht zu Anweisung der Unterthanen und Loszehlung ihrer Pflicht dimittiret und losgezehlet haben, wie solches die beyden Documenta, welche Kläger gleichergestalt zu Stärckung seines Beweises, copialiter produciret, nicht alleine klärlich besagen, in welchen, mit ausdrücklichen Worten, die aufgerichtete Verschreibung, eine Pfand-Verschreibung genennet wird, sondern es beweiset solches auch der darüber in der Fürstl. Regierung ausgebrachte Consens, welcher anders nicht als zu einer Verpfändung ertheilet worden ist. Dieweiln denn dem also, und der ietzige Innhaber die libellirten Aemter von denen Herren Ober- und ihren untergesatzten Vormündern, anders nicht an sich gebracht hat, als wie er solche selbst wegen des Klägers inne gehabt, so erfolgt unwidersprechlich, daß die Vormünder solche wegen des Klägers auch anders nicht als jure pignoris inne gehabt haben. Und erweiset also Kläger mit diesen seinen Documenten gar nicht, daß die libellirten Aemter seinem Vater sel. eigenthümlich zuständig sollen gewesen, und also ferner an ihn jure successionis gekommen seyn, sondern es wird vielmehr das Widerspiel wider Klägern damit erwiesen, daß er nebenst seinem Vater mehr nicht als einen

Pfand-

Pfand-Schilling daran gehabt, auch eodem jure sie ferner an den ietzigen Inhaber gekommen seyn, und ist daran um soviel weniger zu zweiffeln, dieweil die Herren Ober-Vormünde in ihrem Brieffe die Loßzehlung belangend, mit ausdrücklichen Worten, des alten und neuen Pfand-Schillings erwehnen, und mit den alten keinen andern verstehen, als welchen Klägers Vater, und nach desselbigen tödtlichen Abgange, er selbst darauf gehabt, wie denn auch Kläger selber die Copiam seines Herrn Vaters Verschreibung wegen der libellirten Aemter, eine Pfand-Verschreibung intituliret, am allerwenigsten aber ferner und vors dritte, erscheinet um soviel mehr der Contrahenten Intention, quod nempe pignus contraxerunt, & non veram emtionem ac venditionem, weil eben in dem Jahr und Tag, *da die* Wieder-Kauffs-Verschreibung, wie sie genannt wird, über die libellirten Aemter ausgestellet worden, Klägers Vater bey dem vorigen Inhaber über die Summe, darum er das Amt widerkäufflich an sich bekommen, noch eine höhere Summe zu prætendiren gehabt, weßwegen auch eine Verschreibung darüber aufgerichtet worden ist, darinne klärlich stehet, daß die vorigen Inhaber Klägers Vater wegen solcher Summe auch auf das Amt versichern, welches nicht hätte geschehen können, wenn allhier das Dominium solches Amts auf Klägers Vater transferiret gewesen wäre, cum utrumque notissimi juris sit, quod nec res aliena pignorari possit, & si fiat, obligatio non valeat.

l. 1. §. 1.

l. 1. §. 1. ubi Gloss. & Bart. ff. de pignor. l. rem alienam ff. de pignor.

nec rei suæ pignus consistere possit.

l. neque pignus ubi Dec. & Cogn. ff. de R. J.

Und irret nichts, daß Philipp. Dec. & Cognolus d. l. neque pignus limitiren, quod locum non habeat, si dominium alicui non irrevocabiliter quæsitum sit, secus autem, si cum pacto de retrovendendo, & sic revocabiliter, ut hic. Denn, weil beyde Verschreibungen in einem Jahre und auf einen Tag ausgestellet worden, ingleichen auch die letzte, darinne auch der ersten erwehnet wird, ausdrücklich besaget, daß die Summe auch auf das Amt versichert, oder verschrieben seyn solle, und Klägers Vater solche Versicherung an sich genommen, so ist daraus deutlich genugsam zu verstehen, daß auch die vorhergehende Verschreibung anders nicht, als eine Versicherung der ersten Summe auf dasselbe Amt in sich halte, noch das Dominium dadurch revocabiliter auf die Creditores transferiret worden, sondern bey dem Debitore einen Weg wie den andern verblieben, obgleich die possessio pignoris, iedoch auf gewisse masse, denen Creditoribus eingeräumet worden, daß sie die Nutzung des Amts an statt der Verzinsung, desto bequemlicher einnehmen und gebrauchen möchten. Zum vierdten, kömmet diesen auch zu statten, daß die gewesene Mit-Vormünder ein Verzeichniß dessen, was in dem libellirten Amt von dem vorigen Inhaber verschrieben gewesen, gemachet, welche Verzeichniß gemeldter Innhaber mit eigener Hand unterschrieben, daß, obwol im Ein-

gange solches Verzeichnisses das Geld, so auf das Amt verschrieben, ein Kauff-Geld genennet wird, so ist doch aus denen in specie verzeichneten Posten klärlich zu sehen, daß es revera anders nichts als ein Pfand-Schilling gewesen, dieweil unter demselben auch vorbenannte Summe nebenst andern Gelde mehr erwehnet wird, so darauf sonderlich geliehen worden, solche beyde Posten aber darauf geschlagen seyn, und dann im Beschlusse des Verzeichnisses die gantze Summe so darauf stehet, ein Pfand-Schilling genannt wird. Zum fünfften, beweiset solches auch der Revers, welcher ein Jahr nach beschehener Verpfändung der libellirten Aemter über die Unterthanen wegen der Dienste und Fröhne gegeben, und copialiter bey dem Gegenbeweise verhanden ist, wie auch das Schreiben, darinne gemeldet wird, aus was Ursachen Klägers Vetter und Ober-Vormünde die Aemter auf einen rechten beständigen Wieder-Kauff weiter verpfändet haben. Zum sechsten, wird solches auch bewiesen mit Klägers Supplication, so an die Fürstl. Regierung ergangen, in welcher er sich über seine Vettern, unter andern auch wegen der libellirten Aemter beschweret hat. Zum siebenden, wird solches bewiesen, mit einem von Klägers Vormünden ertheilten schrifftlichen Berichte, welcher Klägern nach tödtlichen Abgange seiner Vettern, wegen der libellirten verpfändeten Aemter zugeschicket worden. Und obwol dergleichen Conjecturen mehr angezogen werden könten, so ist es doch nicht nöthig, dieweil aus ietzt erzehlten allbe-

reit

bereit klar genug, daß Klägers Vater an den libellirten Aemtern kein Dominium iemals gehabt, sondern allein ein jus hypothecæ oder antichriſeos, und deßhalben auch auf seinen Sohn den Kläger jure ſucceſſionis mehr nicht bringen können. So iſt über dieses alles auch Klägers Vater mit denen libellirten Aemtern niemals beliehen gewesen. Und erscheinet aus bißanhero angeführten, ferner gantz klärlich, wie der dritte Punct oder Grund der Klage, daß nemlich des Beklagten Vater durch den geschlossenen Contract der libellirten Aemter gantz und gar entsetzet worden sey, durch die producirte Urkunden gar nicht erwiesen werden mag, sintemal die Aemter, wie offt erwehnet worden iſt, sein eigen nicht gewesen, sondern Klägers Vater nur einen Pfand-Schilling daran gehabt, dahero sie an Klägern anders nicht als Pfand-weise gekommen seyn, quo poſito, fället das gantze Fundament darauf die Klage gebauet, nemlich, quod bona immobilia pupillorum & minorum ſine urgenti cauſa & decreto aliénari non poſſint, hinweg, cum hoc in caſu res immobiles in libello contentæ, nec fuerint actoris propriæ, nec alienatæ, ſed jure pignoris tantum obligatæ ipſi fuerint, & tutorum accedente conſenſu rurſus pignori datæ, quod etiam nullo ære alieno aut alia gravi cauſa urgente, & ſine decreto aut aliis ſolennitatibus fieri à tutoribus potuit, cum vendi etiam potuiſſe juris ſit indubitati.

l. 1. C. de præd. minor.

Da der Imperator ausdrücklich sagt: venditionem prædii, quod jure pignoris vel in cauſam judi-

cati captum & distractum est, ad SCt. quod de non alienandis prædiis pupillorum vel adolescentum, nisi autore prætore vel præsidi provinciæ factum est, non pertinere und

in l. magis puto §. si pupillo ff. de reb. eor. qui sub tutel. & cur. sunt.

saget der JCtus: si pupillo fundus pignoratus sit, an vendere tutores possint? & puto: hunc enim, quia debitoris, ut alienum vendunt. Daher Paulus Montanus

in Tractat. de tutelis cap. 33. n. 573.

unter andern Limitationibus ad Reg. de rebus immobilibus pupillorum vel minorum sine justa causa & decreto non alienandis, darauf diese gegründet, limitiret, ut locum non habeat, si fundus pupillo tantum sit pignoratus.

jung. Jacob. Menoch. de A. J. Q. lib. 2. Cent. 2. caus. 71. n. 73.

Wenn denn also das Fundament des Klägers hinweg fället, so muß nothwendig auch die darauf gebauete Klage hinweg fallen, nam collapsa ruunt subductis tecta columnis.

§. 8.

Und wolte demnach alleine um den Pfand-Schilling, so Kläger auf denen libellirten Güthern gehabt, und den Schaden, welchen er wegen der entsetzten Güther anschläget, zu thun seyn, wo nemlich solcher hingekommen; worvon und ob die Beklagte Klägern Rechnung davon zu geben schuldig seyn oder nicht, hernach mit mehrerm gehandelt wird. Wiewol nun ex hactenus deductis zu befinden, daß Kläger, wenn gleich die

copia-

copialiter producirte briefliche Urkunden mit denen Originalien bestärcket worden, dennoch damit den Grund der erhobenen Klage nicht wird erweisen können, sondern die Regula, quod actore non probante, reus etsi nihil præstiterit, vel nihil prorsus probaverit, absolvi debeat, billig allhier statt hat, so wird sich solches aus der Beklagten Gegen-Beweisung, welche sie in omnem eventum, da Kläger etwas beweisen solte, und cum protestatione de non adstringendo, sed ad probationes superfluas & non necessarias eingebracht, noch mehr und klärlicher befinden, wodurch des Klägers Beweisung dermassen elidiret wird, daß Beklagte von angestalter Klage unzweifflich zu entbinden.

§. 9.

Solches aber so viel augenscheinlicher darzuthun, erfordert die Nothdurfft, daß die vermeynten Exceptiones peremtoriæ darauf die Gegen-Beweisung gerichtet, und von welchen hiebevor Erwehnung geschehen, ordentlich und unterschiedlich erwogen, darneben auch, wie sie alle sämtlich, und eine iede insonderheit, tam in jure, quam in facto fundiret, nothdürfftiglich und soviel denen Beklagten ad obtinendam absolutionem dienlich, gezeiget werde. So viel nun die erste und andere Exception anbelanget, daß nemlich die libellirten Aemter dem Kläger nicht eigenthümlich zuständig, sondern nur Pfand-weise verhafftet gewesen, und eodem titulo, nec alio, von Klägers Vettern und Vormündern an andere gebracht worden; weil hiervon allbereit überflüßig gehandelt, als ist nicht

vonnöthen, solches anhero zu wiederholen. Belangende aber die dritte Exception, daß nemlich der Beklagenden Vater sel. die libellirten Aemter auch nicht verpfändet habe, sondern die Ober-Vormünder solches vor sich gehandelt u. geschlossen, wie ingleichen auch die substituirte Vormünder nur ihren Consens darzu gegeben, solches wird nicht alleine durch die darüber aufgerichtete und von beyden Theilen copialiter producirte Verschreibung, sondern auch durch das eingebrachte Klag-Libell selbst, worinne das Factum anders nicht narriret ist, nothdürfftiglich erwiesen, ingleichen auch durch die Signatur oder Registratur, welche Kläger gleichergestalt selbst bey seiner angemaßten Beweisung produciret hat, daraus zu sehen, daß damals, als die Handlung geschlossen, keiner von denen Vormündern darzu gezogen, oder ihr Consens darzu erfordert worden sey, sondern, daß solches hernach erst geschehen, als nemlich die Handlung der Ober-Vormünder allbereit geschlossen gewesen. Welcher Documenten halber, weil sie Kläger selbst produciret, es keinen Zweiffel hat, daß sie nicht alleine vor ihm, sondern auch wider ihn beweisen, cum producens scripturam in judicio, tacite censeatur omnia, quæ in ea continentur, fateri & approbare, juxta receptam doctrinam

Innoc. & Canonistar. in cap. cum venerabilis, & in cap. cum olim in fin. X. de censib. Bart. in l. admonendi ff. de jurejur. vid. Carpzov. in process. jur. Tit. 14. Art. 5. n. 8. & seq.

und mag sich Kläger mit der angehengten Protestation,

station, daß er solche Documenta anders nicht als zu dem Ende produciret haben wolle, hierwider nicht behelffen, dieweil eben dieselben Documenta auch von den Beklagten produciret worden, und demnach wider Klägern nicht weniger als vor ihm, & contra probiren. Nachdem auch hiebevor mit ausdrücklichen klaren Textibus dargethan worden, daß einem Vormunde im Rechten erlaubet und nachgelassen, nicht allein die unbewegliche Güther, so seinem Mündlein nicht eigenthümlich zustehen, sondern jure pignoris inne hat, ohne einige dringende Ursache oder andere Solennitäten vor sich selbsten auch gäntzlich zu alieniren, quod majus est, und er deßhalben von den Mündlein höher oder weiter nicht, als um den eingenommenen Pfand-Schilling belanget werden mag, allhier aber der Beklagten Vater selbst die libellirten Güther weder alieniret noch verpfändet, sondern allein seinen Consens zu der Verpfändung, welche von denen Ober-Vormündern geschehen ist, gegeben, quod minus est; so erfolget daraus unwidersprechlich, daß er, und nunmehr seine Erben in omnem eventum, auch weiter nicht als um den Pfand-Schilling, wenn nicht die beschehene Ratificatio, darvon hernach gesaget werden soll, dem Kläger auch allhier in Wege läge, belanget werden möchte. Die vierdte Exception anbelangende, daß nemlich Kläger zur Zeit der geschehenen Verpfändung der libellirten Güther, über das 16. Jahr seines Alters gekommen, und also nicht, wie in der Klage narriret, unmündig gewesen, sondern vermöge erwehnten Erb-

Vertrages, seine unmündige Jahre erreichet gehabt, sich auch selbst dafür gehalten, solches wird klärlich durch den angetretenen Gegen-Beweis und deren producirte Documenta bewiesen, als daraus zu sehen, wenn einer unter ihrem Geschlechte 16. Jahr alt ist, daß er vor mündig zu achten, wie auch die Administration seiner Güther annehmen und verwalten möge. Nun hat es aber in Rechten keinen Zweiffel, daß nicht allein Fürstliche und Gräffliche, sondern auch Adeliche Häuser, dergleichen und andere Statuten oder Erb-Verträge unter ihnen selbst beständig machen können, wie solches gantz weitläufftig Andreas Tiraquellus bewähret und ausführet

in Tract. de jur. primog. q. 16. per tot.

In specie vero, quod legitima ætas, quæ jure communi est 25. annorum, per statutum possit minui, multis probat

Bocer. Decis. 350. & post eum Sfort. Odd. in Tract. de restit. in integr. p. 1. q. 2. art. 6.

dicens, itidem hanc opinionem esse communem, & adducens ejusmodi statuta aliquot locorum Italiæ; wiewol es der frembden Exempel nicht bedarff, dieweil wir allhier ein Domesticum haben, darauf das tempus juris communis auf 21. Jahr restringiret ist, und diejenigen vor mündig geachtet werden, so solche Jahr vollkömmlich erreichet haben; Es irret aber nicht, ob hierwider gesaget werden wolte, daß solche Statuta keinen Effectum haben, quod illa, quæ decreti interpretationem requirunt, ut est alienatio rerum immobilium minorum, wie auch die Concessio veniæ ætatis a summo magi-

stratu

ſtratu impetrata, ſolche ſolennitates in alienatione ejusmodi rerum nicht aufhebet, teſte

Sfort. Odd. cit. loc. q. 23. art. 11.

da er ſaget, hanc eſſe communem, dann allbereit genugſam erwieſen, daß allhier keine alienatio rerum immobilium, ſo dem Kläger eigenthümlich zuſtändig geweſen wären, geſchehen ſey. Sed, quod tantum pignus pignori datum ſit, idque legibus permittentibus. Die fünffte exceptionem peremtoriam, transactionis nemlich belangende, wird dieſelbe durch oberwehnten Erbtheilungs-Vertrag, ſo dem Kläger durch ſeinen Vetter gemachet, ausdrücklich erwieſen, nemlich, daß Kläger ſich der Nutzung, ſo er aus denen libellirten Aemtern hätte haben ſollen, gutwillig begeben, und an ſtatt derſelben die jährliche Verzinſung der Haupt-Summe aus anderen Intraden und Einkünfften zu nehmen, bewilliget und beliebet hat. Nun weiß man aber, quæ ſit vis & quis effectus transactionis, nemlich non minor, quam rei judicatæ & jurisjurandi.

l. cauſas & l. fratris C. de tranſact.

Da der Imperator ſaget, nullum fore litium finem, ſi a transactionibus bona fide (und aus freundlichen Mitleiden, ut habent verba actoris) interpoſitis cœperit facile diſcedi. Und irret nicht, ob geſaget werden wolte, die Vergleichung, ſo zwiſchen Klägern und ſeinen Vetter gemachet, wäre res inter alios acta & transacta, quæ, ut & res inter alios judicata, aliis nec nocere, nec prodeſſe poſſit.

tot. tit. C. res inter alios act. vel judic. aliis non nocere.

Denn weil in der geschehenen Verwilligung auch das mit angezogen, und das dadurch vertragen worden, was Klägers Vettern mit erfolgter Bewilligung des Beklagten Vaters und seiner gewesenen Mit-Vormünder mit anderen der libellirten Aemter halben gehandelt und geschlossen, und Kläger die Action, so er deßwegen zu haben vermeynet, gegen seine Vettern damals fallen lassen, so hat es keinen Zweiffel, daß er sich auch solcher ietzo wider die gewesene Vormünde so wenig, als desselben Erben zu gebrauchen habe, sondern mit der Exception transactionis hiermit recht und billig abgewiesen werde. Die sechste, exceptionem peremptoriam belangende, daß nemlichen Kläger nicht alleine vermöge des berichten Erb-Vertrages, sondern auch nach Land-üblichen Sächsischen, ja auch endlich nach gemeinen Kayserlichen Rechten zu seinen mündigen Jahren kommen, viel bemeldte Handlung in viel Wege expresse und tacite, auch ipso facto beliebet, und ratificiret habe, solche angezogene Actus werden deutlich und klärlich von Beklagten's Erben durch den angemaßten Beweis, und deren producirte Documenta bewiesen. Es ist aber nicht vonnöthen, alle die articulirte actus ratificationis allhier zu referiren, sondern ad propositum genug, daß nur etliche derselben gezeiget werden; Erstlich aber erscheinet die Ratificatio aus vorbemeldten Erb-Vertrage und demselben einverleibten Transaction, nemlich zur Zeit als Kläger 17. Jahr alt, und die libellirten Aemter auch allbereit verpfändet gewesen. Zum andern, erscheinet die Ratificatio

catio daraus klärlich, daß Kläger neben seinen Vettern Ihro Fürstl. Durchl. durch unterschiedene Supplicationes gebethen, daß Seine Fürstl. Gnaden alle Klägers Gläubiger vorbescheiden, und mit ihnen ihrer Schulden halben handeln lassen wolten, zu dem Ende auch eine Specification aller Gläubiger der Fürstlichen Regierung übergeben, darunter abermals die Innhaber der libellirten Aemter begriffen gewesen. Zum dritten, wird die Ratification auch hiermit bewiesen, daß, als alle Innhaber der Aemter bey Verlust ihrer Gerechtigkeit beschrieben, und in der Vormünder Gegenwart befraget worden, ob Kläger mit der Inhaber Verschreibung und angegebenen Pfand-Schillingen zufrieden wäre, daß er damals, indem er persönlich mit zugegen gewesen, den von denen Inhabern angegebenen Pfand-Schilling genehm gehalten, und solchem nicht widersprochen, über dieses auch nach dem 21. Jahre, in welchem Kläger, vermöge Sächsischer Rechte, mündig gewesen, gantzer 8. Jahr, und also auch die Frist, so zu gemeinen beschriebenen Rechten ad petendam restitutionem in integrum, darauf gleichwol allhier auch nicht geklaget, und welche ad excludendam ratificationem tacitam gesetzet ist, verfliessen lassen, ideo illa, quæ de revocandis bonis dicta sunt, fallunt, quia pupillus major factus contractum cum altero factum approbavit.

tot. tit. C. si major. fact. rat. hab. Carpzov. part. 2. Const. 11. def. 31. n. 2.

Und ist über dieses auch unstreitigen Rechtens, quod

quod lapsus illius quadriennii tacitam ratificationem inducat.

per l. fin. C. de tempor. in integr. restit. & Gloss. in l. rerum §. sciendum ff. de minorib. vid. Cavale in Tractat. de tutel. & curatel. n. 77. vers. si vero & n. 142. & octav. Simoncell. de decret. & cat. solennitatibus in contract. minor. adhib. lib. 1. tit. 3. num. 17. & seqq.

Die siebende exceptionem peremtoriam belangende, daß nemlich, wenn gleich sine præjudicio also zu setzen, voriges alles wäre, dennoch Kläger mit angestellter Klage an den beklagten Erben weiter nicht hafften könne; denn so ferne ausgeführet würde, daß ihr Vater in administratione tutelæ dolose versiret, oder doch etwas gehandelt, darinne ihm lata culpa, quam proprie dolum esse JCtus inquit, zugemessen werden möchte, ist nicht wenig als die vorige, tam in facto, quam in jure genugsam fundiret, weil klaren Rechtens, quod hæres ex persona conventi tutoris non teneatur deleri culpa, sed tantum de dolo & lata culpa,

l. non similiter & ibi gloss. in verb. negligentia ff. de magistrat. conveniend.

ubi non similiter, inquit Ulpianus, tenentur hæredes magistratuum, ut ipsi tenentur, nam nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur, nam magistratus quidem in omne periculum succedit, hæres ipsius dolo proximæ culpæ succedaneus est.

Et in l. ubi gloss. in verb. non oportet. C. de hæred. tut.

Da der Imperator saget, hæredes tutorum ob negligentiam, quæ non tam latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet.

vid. Paul. Montan. in tractat. de tutel. & cur. cap. 39. n. 89.

Und solches hat sonderlich statt, si contra tutorem lis non sit contestata,

per l. alii jure ff. de in lit. jurand. & allegat. l. 1. C. de hæred. tutor.

& nihil lucri ex damno pupilli hæredes perceperint,

Montan. cit. loc. n. 90.

Hæres enim non tenetur de dolo & lata culpa defuncti, nec de ejus culpa levi & levissima, nisi in tribus casibus, (1) casus est, si lis fuerit contestatata contra ipsum tutorem. (2) est, si hæres lucrum senserit ex tali culpa. (3) est, si tutor gratiam fecit.

per text. d. l. 1. C. de hæred. tutor. vel curator.

Daß nun Beklagte in diesen dreyen Fällen keinen seyn, solches ist klar genugsam; denn daß der Beklagten Vater sel. ante litis contestationem verstorben, solches geben die Acta, und hat er des Klägers Vormundschafft gantz ungerne und wider seinen Willen auf sich genommen, nicht aber um einiges Hellers werth iemals dieselbe genossen, oder sich davon zu bereichern begehret, was nun des Bekl. Erben nebst ihrem verstorbenen Vater sel. vor Schaden davon gehabt, und noch haben, daß befinden sie mehr als ihnen lieb ist. Daß aber vors dritte der Beklagten Vater sel. daran, daß er in die Verpfändung

und

und der Ober-Vormünde Begehren mit gewilliget, Klägern wissentlich zu Nachtheile, gratificiret haben soll, solches kan nicht erwiesen werden, üm welcher Ursachen willen weniger zu zweiffeln ist, daß die Erben ex ipsorum persona weiter nicht als quatenus defunctus in dolo vel lata culpa fuisset, belanget werden mögen. Daß aber ihr Vater sel. in der Verpfändung der libellirten Aemter neben seinen Mit-Vormündern etwas gefährliches und dolo malo solte gehandelt haben, solches ist von Klägern auch nicht libelliret, vielweniger im allerwenigsten, wie ihm gebühren wolte, erwiesen worden, cum dolus non præsumatur, es wird auch mit Wahrheit über ihm nicht ausgeführet werden können. Und ob wol der dolus, cum directo probari non possit, per conjecturas probiret werden mag;

Felin. late in cap. si autem X. de rescript.
Gail. de Pac. public. lib. 1. cap. 12.

So ist doch aus allen Umständen des libellirten und articulirten Facti, sowol auch aus denen von Klägern producirten Urkunden, nicht eine eintzige, auch nur die allergeringste Conjectura zu nehmen, daraus zu colligiren, daß der Beklagten Vater, indem er zu der Verpfändung der libellirten Aemter seinen Consens gegeben, etwas gefährliches gehandelt, oder seinen eigenen Nutz darunter gesuchet haben solte. Und ist solche Conjectura um so vielweniger daraus zu nehmen, dieweil die beschehene Verpfändung, massen allbereit überflüßig gemeldet, und mit klaren Textibus

bus erwiesen worden, den Rechten nicht zuwi-der, sondern vielmehr ausdrücklichen erlaubet und nachgelassen derohalben auch anhero nicht gezogen werden kan, quod traditur, etiamsi alias dolus regulariter non præsumatur, aliud tamen esse in contractibus prohibitis, dieweil man allhier nicht in casu prohibito, sondern permisso versiret; wenn aber das libellirte und articulirte Factum mit seinen Umständen und mit Fleiß angesehen und erwogen wird, wie in hoc gravi & tanti præjudicii negotio nothwendig geschehen soll und muß, seynd Conjecturæ gar genugsam daraus zu nehmen, welche der Beklagten Vater sel. tam a dolo, quam a lata culpa billig excusiren. Denn es lässet die circumstantia personæ patris conventorum, als der ein alter und vornehmen Deutschen Adelichen Geschlechts gewesen, einige præsumtionem doli nicht zu, sondern es ist vielmehr das Gegenspiel von ihm zu præsumiren, daß er so wohl bey dieser Handlung, als auch in anderen seinen Actionibus sich dermassen erzeiget habe, wie es einem ehrlichen und Adelichen Manne gebühret, wie er dessen von männiglichen die ihn gekannt, ein gutes Zeugniß hat; und solches um soviel mehr, quod regulariter quilibet præsumitur vir bonus, & bene & honeste agere, præsertim vero id præsumatur de viris antiquæ prosapiæ & nobilitatis, wie solches Andreas Tiraquellus weitläufftig bewähret

in Tract. de nobilitat. cap. 30. n. 40.

da er hieraus inferiret, quod si tutor nobilis palam

lam per interpositam personam de seipso autoritatem præstante rem pupilli emat, non præsumatur in eo fraus, & valeat emtio, licet secus sit, si alius tutor id ipsum faceret, tunc enim fraudem præsumi, nec valere emtionem.

per text. l. pupillus §. sed & si per interpositam vers. sane siquidem emit. ff. de autor. tutor.

Uber dieses entstehet auch eine starcke Conjectura von der Beklagten verstorbenen Vater, welche ihn nicht alleine a dolo, sondern auch a lata culpa excusiret, und consequenter auch seine Erben ab instituta actione billig liberiret, aus dem, daß Beklagtens Mit-Vormünder mehr nicht als ihren Consens zu der Verpfändung gegeben, die Ober-Vormünde aber die Handlung selbst in Abwesenheit der Unter-Vormünder berathschlaget und beschlossen haben. Aus welchen bißanhero angeführten schlüßlich, wegen der Eingangs erwehnten Frage, zu statuiren seyn wird, wenn die von beyden Theilen copialiter producirte Copien, mit den Originalien gebührlich bestärcket werden, daß daraus und allenthalben so viel zu befinden, daß Beklagte auch von dem Pfand-Schillinge, welchen Kläger auf den libellirten Aemtern gehabt, einige Rechnung zu thun, nicht schuldig, sondern von angestellter Klage billig zu absolviren seyn.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Meinig, Johann Christoph

Enunciata Et Consilia Juris Unterschiedener Rechts-Gelehrten / Berühmter Facultaeten und Schöppenstühle, Uber besondere und im allgemeinen Leben vorfallende merkwürdige und dubiöse Casus
Bd.: 31

Leipzig 1729

Decis. 96-25/32
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10480463-5
VD18 80292569-001